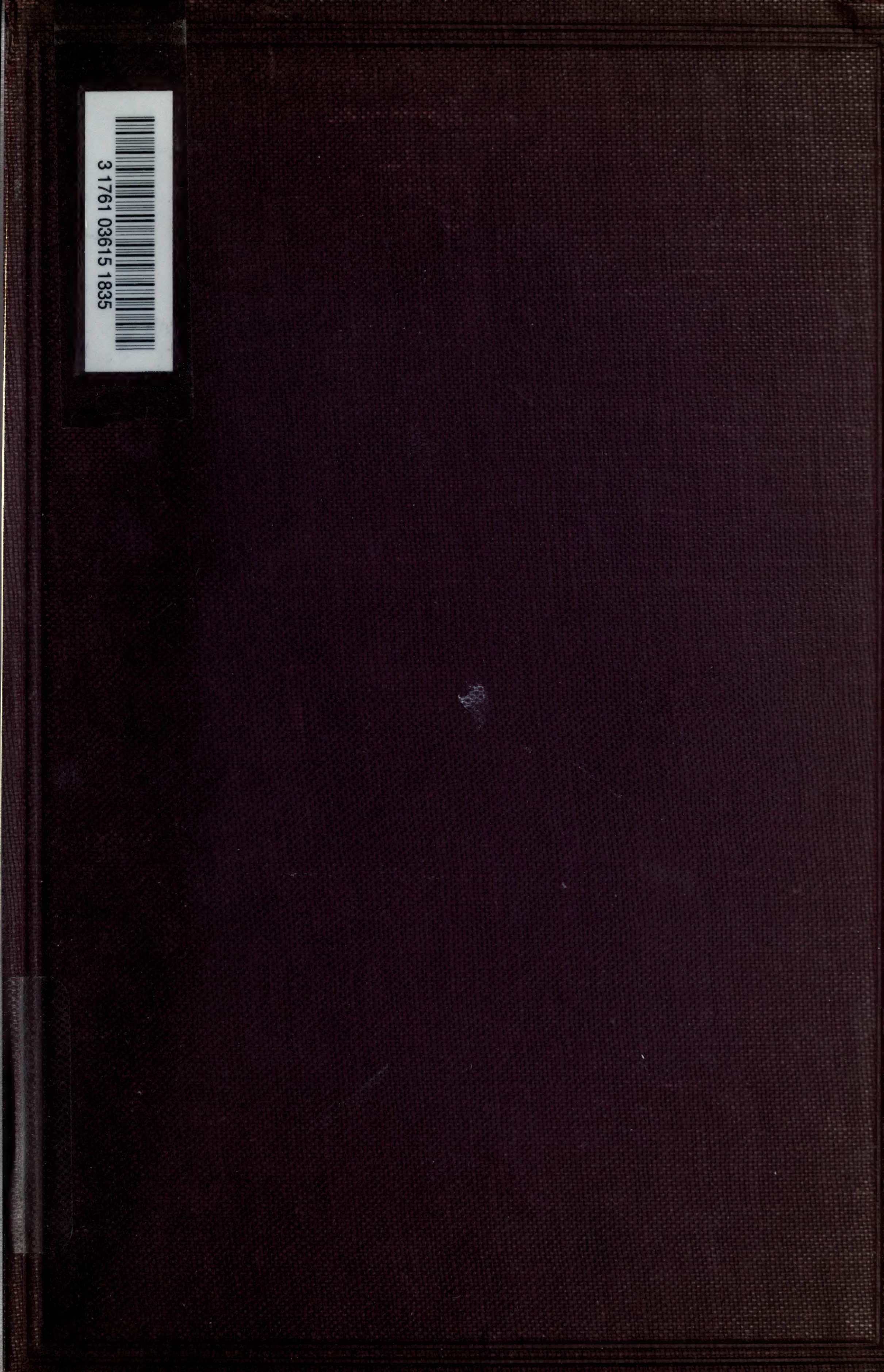

3 1761 03615 1835

acc Sept
Carnegie Inst for
Wash —

Publications de la
Dotation Carnegie pour la Paix internationale
DIVISION DE DROIT INTERNATIONAL
WASHINGTON

# Bibliothèque Internationale de Droit des Gens

Directeur : A. de Lapradelle

T. J. LAWRENCE, **Principes de Droit International,** traduit de l'anglais par Jacques Dumas et A. de Lapradelle.

HEINRICH TRIEPEL, **Droit International et Droit Interne,** traduit de l'allemand par René Brunet.

A PARAÎTRE

RIKARD KLEEN, **Lois de la Guerre,** traduit du suédois par Erik Ehrström.

FRANZ VON LISZT, **Exposé Systématique du Droit International,** traduit de l'allemand par Gilbert Gidel et Léon Alcindor (sous presse).

S. DE LOUTER, **Droit International Public Positif,** traduit du hollandais par l'auteur (sous presse).

JAMES BROWN SCOTT, **Les Conférences de la Paix de La Haye,** traduit de l'anglais par A. de Lapradelle.

JOHN WESTLAKE, **Droit International,** traduit de l'anglais par A. de Lapradelle.

Bibliothèque Française de Droit des Gens
de la Fondation Carnegie
Directeur : A. de Lapradelle

# DROIT INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE

PAR

HEINRICH TRIEPEL
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE BERLIN

TRADUIT
PAR

RENÉ BRUNET
PROFESSEUR AGRÉGÉ À LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN



PARIS
A. PÉDONE, ÉDITEUR
13 RUE SOUFFLOT

OXFORD
À L'IMPRIMERIE
DE L'UNIVERSITÉ

1920

(German original had title:- "Völkerrecht und Landesrecht".)

# PRÉFACE

Je me suis expliqué amplement dans l'introduction sur le but et le plan de ce traité. Il n'y a place ici que pour quelques observations extérieures et pour quelques brefs remerciements.

L'impression a commencé dès le mois de mars de l'année dernière, et, en mai, elle avait atteint la quatorzième feuille ; différentes circonstances en ont retardé la continuation et l'achèvement. Ce retard a nécessairement entraîné quelques inconvénients. D'abord, des modifications ont été opérées durant cet intervalle dans nos lois judiciaires d'Empire. Certes les dispositions qui touchent à l'objet de ce livre sont essentiellement restées intactes ; mais comme la loi sur la procédure civile (*Civil processordnung*) et la loi sur la faillite (*Konkursordnung*) ont vu les numéros de leurs paragraphes changés, les citations de la première moitié du traité ont cessé, en partie, d'être exactes. J'ai considéré comme le parti le plus simple, de m'en tenir aussi, dans la seconde moitié, à l'ancien numérotage des paragraphes ; le dommage, j'espère, ne sera pas grand. En outre les ouvrages parus depuis le printemps dernier n'ont pu être utilisés qu'à partir de la quinzième feuille ; et il est très possible que quelques-uns m'aient échappé. Je n'ai plus pu utiliser l'ouvrage, recemment paru, de W. Kaufman, *Die Rechstskraft des internationalen Rechtes*, Stuttgard, 1899, qui traite quelques-unes des questions que j'étudie — en partant d'ailleurs d'opinions complètement opposées. Du reste je ne crois pas que cet ouvrage, si je l'avais connu plus tôt, m'ait converti à sa thèse.

Au cours de ce travail, j'ai été encouragé par des autorités et des particuliers, qui m'ont amicalement communiqué des renseignements et prêté des livres. Il est impossible de les remercier tous nommément. Je voudrais du moins exprimer à quelle

reconnaissance je me sens tenu envers les fonctionnaires de la Bibliothèque du Tribunal d'Empire, et en particulier envers leur directeur, M. le professeur D[r]. K. Schulz, et envers le bibliothécaire de l'Université de Leipzig, le D[r] Helfsig. Mon vénéré collègue, le D[r] Waldemar Engelman, a eu la bonté de lire une épreuve du traité, son amitié m'a rendu par là un grand service.

Je me suis efforcé, quand je construisais sur des principes qu'ont établis les anciens, de l'indiquer consciencieusement. Mais ce qu'on a reçu de meilleur des autres ne peut précisément pas se manifester de cette façon. C'est à l'égard du maître et de l'ami paternel à qui je dédie ce livre, que je ressens le plus vivement cette impression. Puisse-t-il amicalement accueillir cet ouvrage qui n'est qu'un faible signe de ma reconnaissance !

*Leipzig*, *mars* 1899.

HEINRICH TRIEPEL

---

# TABLE DES MATIÈRES

Pages

§ 1. — *Introduction*. . . . . . . . . . . . 1

I. Notre sujet et ce qu'on en a traité jusqu'ici, 1. — II. La double opposition entre le droit international et le droit interne. Vue d'ensemble sur ce qui suit, 7.

CHAPITRE PREMIER

**Oppositions entre le droit international et le droit interne.**

§ 2. — *L'opposition des rapports juridiques* . . . . . 11

I. Les objets que règle le droit interne. Ils ne peuvent pas être régis aussi par le droit international, 11. — II. Conséquences. L'individu dans le droit international. Droit international et droit privé international, droit pénal international, procédure internationale. Territoires-limites ? 20.

§ 3. — *La source du droit international* . . . . . . . . 27

I. Les conditions dans lesquelles se forme le droit. Le concept de la source juridique. Conviction juridique ? La source du droit international est une volonté commune de plusieurs Etats. On aperçoit souvent dans le « traité » le moyen par lequel elle se forme, 27. — II. Analyse de la notion de contrat. Le contrat est incapable de former une volonté commune, 35. — III. Conséquence pour le droit international. Tentatives faites jusqu'ici pour résoudre le problème, 45. — IV. La *Vereinbarung* en tant que concept juridique général. Son domaine d'application. Rapports avec le *Gesamtakt*. Contrat et *Vereinbarung*, 49.

§ 4. — *Suite*. . . . . . . . . . . . . . 62

I. La *Vereinbarung* en droit international. Ses catégories. Sa fonction en tant que moyen de formation du droit international objectif, 62. — II. Formation de volonté et déclaration de volonté. L'identité des auteurs du droit et des sujets du droit, 73. — III. Le fondement de la validité du droit international. Conséquences. Exclusion de la majorité. Exceptions. Retrait des règles du droit international, 80. — IV. Formes que revêtent et catégories entre lesquelles se divisent les *Vereinbarungen* internationales créatrices de droit. De ce qu'on appelle le droit coutumier international, 89. — V. La « contrainte » en tant que soi-disant élément essentiel du concept juridique, 102.

§ 5. — *La capacité des deux sources de droit* . . . . . . 110

I. La source du droit international n'est jamais en même temps source du droit interne. — Adversaires apparents de cette proposition. Le « droit international allemand » et le droit public « étranger ». Le traité international en tant que « source » du droit interne ? Droit international et organe de l'Etat. La loi interne et la coutume interne ne sont jamais sources de droit international, 110. — II. Les adversaires de l'école du droit naturel et de l'école positiviste, 126. — III. L'axiome de la jurisprudence anglaise et anglo-américaine : *international law is a part of the law of the land*. Il n'est ni généralement accepté, ni compris partout textuellement, 132.

§ 6. — *Les relations réciproques possibles entre systèmes juridiques différents* . . . . . . . . . . . . . 153

Les points de vue possibles. — I. Rapports entre le contenu du droit. Réception. Règles juridiques par blanc-seing. Renvoi sans réception. Concepts juridiques étrangers, 153. — II. Rapports entre les sources juridiques. Coordination. Superposition et subordination, 161.

CHAPITRE II

**Les rapports entre les règles juridiques.**

§ 7. — *La réception du droit international par l'Etat* . . . . 166

I. La possibilité de cette réception est étroitement limitée. Droit étatique par communauté à l'intérieur de l'Etat. Effets de la réception, 166. — II. Les Etats composés. L'ancien Empire allemand. Les Etats fédéraux actuels, notamment l'Empire allemand, 170. — III. La formation de la Constitution fédérale ne constitue pas une réception du droit international, 175. — IV. Réception de règles particulières. Règles d'organisation. Le droit international s'applique-t-il entre Etat fédéral et Etat-membre ? Les *Nebenverträge* de novembre 1870. Conséquences. Introduction extérieure de prescriptions du droit international dans le droit fédéral. Rapports de l'Etat avec les Etats étrangers, 180. — V. Les relations des Etat-membres entre eux. Droit international et droit international reçu, 195.

§ 8. — *La réception du droit interne dans le droit international* . . . 209

Dans quelle mesure est-elle concevable ? La théorie de la réception des règles du droit privé, notamment des règles du droit romain dans le droit international. Réceptions apparentes d'une autre nature. Ce qui se passe en réalité.

§ 9. — *Règles juridiques par blanc-seing n'opérant pas réception*. 224

I. Les deux sortes de renvois du droit étatique au droit international. Inconvénients et avantages, 224. — II. Des règles par blanc-seing du droit international. Différentes sortes. Difficultés. Question spéciale relative à la conclusion des traités internationaux. Solution du problème pour l'Etat unitaire et l'Etat fédéral, 228. — III. Concepts du droit international dans le droit interne et réciproquement, 248.

## CHAPITRE III

### Les rapports entre les sources juridiques.

§ 10. — *Discussions fondamentales* . . . . . . . 251

I. La concurrence et les conflits sont impossibles. Subsidiarité ? Remplissage de lacunes ? Pas de coordination. Indépendance réciproque au point de vue de la validité. Conséquences pour les sujets et les organes de l'Etat, 252. — II. La manière particulière dont le droit international est « superposé » au droit interne. Le législateur est lié par le droit international, 262.

§ 11. — *Droit interne important ou indifférent au droit international, conforme ou contraire au droit international* . . . . . 270

I. Terminologie. Droit interne internationalement important et droit interne « international ». La détermination de l'importance internationale du droit étatique. La clause de réciprocité et ce qui s'y rattache. La réponse ne peut être cherchée que dans le droit international. Difficultés. Variations dans le droit internationalement important, 270. — II. Limitation du sujet, 283.

§ 12. — *Le droit interne ordonné par le droit international*. . 287

I. Définition. Différence avec le droit interne provoqué par le droit international et le droit interne supposé par le droit international, 287. — II. L'intérêt que présente pour la société la formation du droit. Conséquence pour notre sujet. L'indépendance du devoir de légiférer en droit international. Ce devoir est un moyen de second ordre pour la satisfaction des intérêts internationaux. Le droit interne immédiatement ordonné, et le droit interne internationalement indispensable. Ce dernier n'est une condition que pour les actes d'exécution ordonnés par le droit international. Exceptions apparentes. Les deux catégories de droit interne contraire au droit international, 293. — *Appendice*. Le cas Schnaebelé (d'après les documents), 308. — III. Les différentes causes du droit interne internationalement indispensable. Réclamations existantes. Conclusion antérieure d'un traité. Une clause remarquable dans les traités. Droit international objectif. Le devoir de responsabilité internationale en particulier, 311.

§ 13. — *Suite*. . . . . . . . . . . . . 321

I. La responsabilité de l'Etat à raison des actes des individus. Théories antérieures. Leurs défauts. Les soi-disant délits contre le droit international. Solution personnelle. Les deux sortes de responsabilité. Obligation de réparer et devoir de satisfaire. C'est ce dernier seulement qui nous intéresse. Fondement territorial. Devoir de protéger et responsabilité. Attaques contre les Etats étrangers et leurs nationaux. Différentes sortes de satisfaction. La peine en particulier. Norme et loi pénale, 321. — II. Responsabilité de l'Etat pour ses organes. Tentatives pour y échapper. Le droit internationalement indispensable, 345. — III. Responsabilité pour les personnes morales, notamment pour les corporations autonomes. Fondements différents de cette responsabilité. Mesures de prévoyance. Le droit interne nécessaire, 352. — IV. Responsabilité de l'Etat fédéral pour l'Etat-membre. Sur quoi repose-t-elle ? Mesures de prévoyance. Dispositions de compétence. Ordre, contrôle, contrainte. La respon-

sabilité à raison de l'accomplissement des devoirs internationaux spéciaux de l'Etat-membre. Efforts pour y échapper. Accomplissement des devoirs de responsabilité. Le droit fédéral internationalement indispensable, 356. — *Appendices* I et II. Droits de contrôle et de contrainte de l'Etat fédéral sur l'Etat membre dans les relations internationales, 368. — V. Règles du droit interne qui facilitent l'exécution des devoirs internationaux. Elles sont provoquées par la constitution des Etats représentatifs. Application. Dans les Etats fédéraux en particulier, 371.

§ 14. — *Droit interne permis par le droit international*. . . 379

Il est limité et peu important. Le droit subjectif dans le droit international. Les deux sortes de droit permis.

§ 15. — *Les formes sous lesquelles apparait le droit interne conforme au droit international* . . . . . . . . 383

I. Les quatre formes. La publication des traités internationaux, en particulier. Ce qu'on appelle le droit coutumier interne. La forme sous laquelle on publie les traités en Prusse et en Allemagne. Doutes sur l'étendue et le contenu du droit interne ainsi créé, 383. — II. La présomption que l'Etat a organisé son système juridique conformément au droit international. Elle ne s'applique pas au droit interne « permis », du moins dans une certaine mesure. Application aux traités publiés, 389. — III. La présomption en faveur de la fidélité de l'Etat à ses devoirs internationaux. Règles d'interprétation relativement au droit interne existant. Application au cas de formation du droit interne par publication de traités. Droit immédiatement ordonné et internationalement indispensable. Les limites à la faculté de créer de cette façon du droit étatique, 394.

§ 16. — *Le contenu du droit interne conforme au droit international*. 404

I. Limitation du sujet, 404. — II. Le contenu formel du droit conforme au droit international. Le droit internationalement indispensable se borne à donner des autorisations de droit public. La prétendue nécessité d'un « ordre d'exécution » légal pour les traités internationaux, 405. — III. Démonstration tirée du droit positif. Motifs des exceptions. Atténuations des lois d'ordre, 413. — IV. Conséquences pour la détermination du contenu juridique interne des traités internationaux publiés, 418.

§ 17. — *La validité du droit interne conforme au droit international*. 423

Le commencement et la fin de la validité, notamment pour les traités publiés. L'efficacité de la loi est-elle en certains cas dépendante de l'état de choses international ?

§ 18. — *Appendice. L'application du droit international devant les tribunaux internes*. . . . . . . . 433

Possibilité de cette application. On peut admettre que les tribunaux tranchent des questions internationales. Les deux systèmes. Connaissance du droit international par le juge. La violation de normes du droit international est-elle un motif de révision ?

TABLE ALPHABÉTIQUE. . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 443

# ABRÉVIATIONS

Bluntschli, *Völkerrecht* : *Das moderne Völkerrecht der civilisister Staaten als Rechtsbuch dargestellt.*, 3ᵉ édit., Erlangen, 1878.

*Böhm's Zeitschrift* : *Böhm's Zeitschrift für internationales Privat-und Strafrecht*. Erlangen, puis Leipzig, 1891 sq.

V. Bulmerincq, *Völkerrecht* (Dans le *Handbuch des öffentlichen Rechts*, de Marquardsen). Freiburg et Tübingen, 1884.

Calvo : Calvo, Le droit international théorique et pratique. Paris et Berlin, 5ᵉ édit., I-VI, 1896.

Carnazza-Amari : Carnazza-Amari, Traité de droit international public en temps de paix. Trad. franç. par Montanari-Revert. Paris, I, 1880, II, 1882.

Fiore, *Diritto internazionale* : Fiore, *Trattato di diritto internazionale publico*, 3ᵉ édit., Turin, 1887.

Hall, *Treatise* : Hall, *A Treatise on International Law*, 4ᵉ édit., Oxford, 1895.

Halleck, *International Law* : Halleck, *International Law*, 3ᵉ édit., par Sir Sherston Baker, Londres, I, II, 1893.

Heffter, *Völkerrecht* : Heffter, *Das europaische Völkerrecht der Gegenwart*, 8ᵉ édit., par von Geffcken, Berlin, 1888.

H.H., *Handbuch des Völkerrecht* de Holtzendorff, I, Berlin, 1885, II, III, Hambourg, 1887, IV, Hambourg, 1889.

*Journal* : *Journal de droit international privé*, Paris, 1876 et suiv.

Klüber, *Völkerrecht* : Klüber, *Europaisches Völkerrecht*, 2ᵉ édit., par Morstadt, Schaffhausen, 1851.

V. Martens-Bergbohm : Von Martens, *Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisister Nationen*, Edition allemande par Bergbohm, Berlin, I, 1883, II, 1886.

M.R. : Martens, *Recueil de traités*, 2ᵉ édit., 1817 et suiv. Les suites de cette collection sont citées de la façon suivante :

M.N.R. : Martens, Nouveau recueil.

M.N.S. : Martens, *Nouveaux suppléments au Recueil*.

M.N.R.G. : Martens, *Nouveau Recueil général*.

M N.R.G². : Martens, *Nouveau Recueil général*, 2ᵉ série.

Phillimore : Phillimore, *Commentaries upon International Law*, 3ᵉ édit., Londres, I, 1879, II, 1882, III, 1885, IV, 1889.

Piédelièvre, *Précis* : Piédelièvre, *Précis de droit international public ou droit des gens*, Paris, I, 1894, II, 1895.

Pradier-Fodéré : Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain*, Paris, I, II, 1885, III, 1887, IV, 1888, V, 1891, VI, 1894, VII, 1897.

*Revue* : *Revue de droit international et de législation comparée*, Gand, Bruxelles, etc..., 1869 et suiv.

*Revue générale* : *Revue générale de droit international public*, Paris, 1894 et suiv.

Rivier, *Lehrbuch* : Rivier, *Lehrbuch des Völkerrecht*, Stuttgart, 1889.

Rivier, *Principes* : Rivier, *Principes du droit des gens*, I, II, Paris, 1896.

Twiss : Sir Travers Twiss. *Le droit des gens*, nouvelle édit., Paris, I, 1887, II, 1889.

Ulmann : Ulmann, *Völkerrecht* (dans le *Handbuch des öffentlichen Rechts* de v. Seydel et Piloty). Freiburg, Leipzig et Tubingen, 1898.

Vattel : Vattel, *Le droit des gens*, édit. par le comte d'Hauterive, Paris, I, 1838, II, 1839.

Wharton, *Digest* : Wharton, *A Digest of the International Law of the United States*, 2e édit., I, II, III, Washington, 1888.

Wheaton : Wheaton, *Elements of International Law*, 3e édit. angl. par Boyd, Londres, 1889.

B.G.B. : Code civil allemand du 18 août 1896.

C.P.O. : Règlement sur la procédure civile du 30 janvier 1877.

G.V.G. : Loi d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877.

M.St.G.B. : Code pénal militaire du 20 juin 1872.

B.G.Bl. : Journal officiel de la Confédération.

R.G.Bl. : Journal officiel de l'Empire.

§ I

# Introduction.

I

Celui qui s'apprête à livrer à la publicité des recherches sur une science qui n'a jusqu'alors été que peu ou pas étudiée, a toute raison de se demander si l'époque est favorable pour inviter ses contemporains à examiner les résultats auxquels ses études ont abouti. Ce n'est pas seulement de son travail, c'est aussi de son sujet qu'il se demande anxieusement s'ils pourront, en ce moment, intéresser d'autres que lui-même. Parce qu'il a longtemps travaillé à un problème, il est fermement convaincu que ce problème mérite d'être approfondi. D'autres partageront-ils son avis ? Et il épie des signes extérieurs qui lui présagent quel accueil sera réservé à son œuvre.

La question des *rapports du droit international avec le droit interne*, qui doit être étudiée dans les pages qui suivent, appartient à des matières que la jurisprudence a traitées en marâtre. J'espère démontrer qu'elle présente plus d'un côté intéressant. Néanmoins, si elle rentrait dans le problème du « pur » *droit international*, je devrais être convaincu qu'*actuellement* elle ne susciterait pas chez nous un intérêt considérable. Et ceci pour deux motifs. Depuis quelques dizaines d'années, notre législation fédérale a donné aux juristes allemands des sujets d'étude en matière de droit pénal, de procédure, de droit administratif ; tout récemment encore, ils ont puissamment construit le Code civil ; ces matières ont fourni une telle richesse de droit nouveau que l'intérêt suscité par ce domaine juridique récent peut très facilement faire passer à l'arrière-plan tout l'intérêt que peut éveiller un autre droit. Mais un autre fait qu'il vaut mieux avouer que cacher, entraîne des conséquences peut-être plus lourdes encore. Le juriste allemand contempo-

rain, et particulièrement le praticien, est animé d'une véritable méfiance envers tout ce qui s'offre à lui sous forme de « droit international ». D'où vient ceci ? Cela ne provient pas seulement de ce qu'une grande partie des rapports sociaux que doit régir le droit international est comme trop lointaine, pour pouvoir susciter un intérêt *durable* : qu'on songe à la guerre ; une opinion, profondément enracinée, agit avec beaucoup plus de force : tout ce qu'on a coutume de qualifier de droit international serait construit sur un sol chancelant, sur lequel on ne devrait pas s'avancer sans nécessité. Mais dans quelle mesure cette crainte est-elle justifiée et dans quelle mesure est elle fondée en l'état actuel de notre science du droit international ? Cela reste indécis. On ne peut malheureusement pas nier cependant que cette crainte existe.

Cependant, il est absolument inévitable que ce domaine, considéré comme suspect, soit abordé aussi par celui qui ne quitte pas volontiers le terrain du droit interne, qui lui paraît plus solide. Toutes les parties du droit sont étroitement rattachées les unes aux autres : aucune d'entre elles ne peut être complètement isolée. Seulement les liens qui unissent les branches du droit dans la sphère du système juridique étatique sont peut-être plus apparents que ceux, souvent plus minces, qui rattachent le droit interne au droit international. Pour être minces, ils n'en sont pas moins solides. Il est bien possible qu'à cause de cela, on ne les voie pas, il n'est pas permis cependant de les ignorer.

Il est à peine besoin de dire, d'autre part, qu'il y a de vastes domaines dans le droit étatique, dont les rapports avec le droit international sautent immédiatement aux yeux. Droit maritime, droit d'ambassade et de consulat, droit militaire, ce qu'on appelle le droit privé international et le droit pénal international : ce ne sont là que quelques exemples. L'étendue de ce droit interne « internationalement important », ainsi que je l'appellerai provisoirement, croît d'année en année ; car l'importance du droit interne, relatif aux rapports des Etats modernes entre eux, devient d'autant plus considérable que ces rapports se développent davantage et deviennent plus intimes. Les rapports de ce droit avec le droit international peuvent être de nature très diverse. Peut-être des règles du droit interne dépendent-elles de l'*existence* ou du *contenu* des règles du droit international.

Peut-être protègent-elles des biens, que celles-ci protègent aussi. Elles opèrent peut-être avec des concepts que l'on peut nommer « concepts de droit international ». Je ne peux qu'indiquer tout cela ici, car ces rapports doivent être étudiés à fond dans les pages qui suivent. Je peux en tout cas partir de ceci, qu'il y a des endroits extraordinairement nombreux dans le droit étatique, où quiconque veut arriver à une *pleine intelligence du droit interne* doit se soumettre à la nécessité de passer le pont qui conduit au droit international. En même temps, les exemples que nous avons choisis montrent que très souvent, quand on *applique*, dans un cas donné, le droit interne, il est indispensable de savoir clairement de quelle nature sont les rapports entre le droit international et le droit interne (1). Si donc ce livre se propose comme but de découvrir et de rendre viables les divers chemins qui conduisent de l'un à l'autre, il peut espérer servir non seulement le droit international, mais aussi et surtout le droit étatique. C'est pourquoi il sollicite aussi la sympathie des juristes, près de qui une étude de *pur* droit international ne pourrait trouver que difficilement accès.

Or, on n'a jamais encore essayé d'établir dans tous leurs détails les rapports du droit international et du droit interne. Il n'y a pas de monographie sur ce problème ; les traités dont le titre fait espérer qu'ils offrent ce qu'on cherche, déçoivent, dès qu'on les ouvre (2). Seul, T. E. Holland, dans un court article intitulé : *International law and acts of Parliament* (3), a étudié les rapports du droit international et du droit *anglais*, sans cepen-

(1) Il me suffit d'indiquer combien le juge répressif qui s'occupe des questions d'extradition, est facilement importuné par des doutes sur les rapports entre la procédure interne et le droit international.

(2) L'ouvrage considérable de Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 3ᵉ édit., Paris, 1874, ne donne, dans la partie qui concerne notre sujet, qu'un exposé détaillé du droit international et du droit privé international, dans la mesure où cela est *important* pour le commerce ; mais les *rapports* des deux systèmes juridiques sont entièrement laissés de côté. Un article du comte Komarowsky, *Quelques réflexions sur les relations entre le droit international et les différentes branches de la jurisprudence* (*Revue*, VII, p. 1-21) contient à peine quelque chose de ce qu'annonce le titre. Je n'ai pas pu me procurer l'ouvrage de F. Hargrave Hamel, *International law in connection with municipal statutes*, Londres, 1868, qui est épuisé. Il paraît du reste s'occuper du droit de neutralité *anglais* à propos de la question de l'Alabama.

(3) *Law quarterly review*, IX (1893), p. 136 sq. On trouve de cet article une traduction autorisée en allemand, mais qui en néglige tout l'appareil, dans la *Böhm's Zeitschrift*, IV, p. 47 sq.

dant creuser très profondément et sans recueillir de la législation anglaise beaucoup plus qu'une matière estimable. C'est en vain qu'on frappe là où on pouvait s'attendre, en premier lieu, à voir le sujet traité, ne fût-ce que sommairement. Les traités généraux de droit et les ouvrages particuliers sur les sources du droit sont complètement muets. De même, les traités et les manuels du droit international, dans la « partie générale » desquels la question doit avoir droit de cité, se dérobent presque tous. Bien que plus d'un écrivain ait eu conscience des liens étroits qui rattachent les deux systèmes juridiques quelques-uns seulement touchent brièvement ce point (1) ; beaucoup se contentent de rechercher avec plus ou moins de détails en quoi consiste la *différence* entre le droit international et le droit interne (2), ou bien ils indiquent seulement quels rapports règnent entre la *science* du droit international et d'autres disciplines juridiques, notamment, le droit public, et la seule précision qui sort d'habitude de cela est que l'objet est différent, proposition d'ailleurs qui est en général, mais non pas toujours, heureusement motivée (3). v. Holtzendorff, dans son manuel, s'occupe un peu plus profondément des « rapports du droit international avec le droit étatique » (4), ainsi que des « rapports des sources du droit international avec les sources du droit natio-

(1) Conf. par exemple Pradier-Fodéré, *Droit international*, I, p. 100 sq. ; Leseur, *Introduction à un cours de droit international public*, Paris, 1893, p. 42, 50 ; Despagnet, *Cours de droit international public*, Paris, 1894, p. 54 sq. — Quelques indications dans H. C. v. Gagern, *Critik des Völkerrechts*, Leipzig, 1840, p. 6, 11 sq.

(2) Ainsi, Politz, *Staatswissenschaften*, 2e édit., V. Leipzig, 1828, p. 18 sq. ; Klüber, *Völkerrecht*, § 2 ; Chauveau, *Droit des gens*, Introduction, Paris, 1891, p. 39 sq.

(3) Comp. G. F. v. Martens, *Précis*, § 8 ; Klüber, *Völkerrecht*, § 7 ; Pradier-Fodéré, *op. cit.*, I, p. 100 sq. ; v. Martens-Bergbohm, I, p. 184 sq., un peu plus profondément cependant, p. 207 sq. — De même les auteurs de droit public s'en tiennent à cette proposition, quand ils se trouvent parler de ce sujet, par exemple, Klüber, *Oeffentl. Recht des deutschen Bundes*, 4e édit., Francfort, 1840, p. 10 sq. ; J. Held, *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands*, I, Würzburg, 1856, p. 8 sq. ; le même, *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, Leipzig, 1868, p. 274 sq. (« Rapports du droit public avec le droit international ») ; Grotefend, *Deutsches Staatsrecht der Gegenwart*, Berlin, 1862, § 24, p. 17 ; Schulze, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 2e édit., 1867, § 3 (« Les rapports du droit public avec le droit international »).

(4) H. H. I, p. 49 sq.

nal » et avec la « jurisprudence nationale » (1). Seulement, abstraction faite de ce qu'il exprime des propositions très contestables, la discussion, malgré de nombreuses vues suggestives, manque tellement de formules précises, que la manière dont la question est traitée démontre plus que toute autre peut-être la nécessité d'une étude suffisante au point de vue dogmatique.

Cependant des monographies particulières nous fournissent un peu plus de butin. Toutes celles que j'ai en vue traitent ou effleurent des matières du droit international ou du droit public qui touchent à la fois à ces deux droits, et où même il est souvent indispensable de connaître ces liens pour résoudre des problèmes difficiles. Ce sont notamment les questions qui, suivant l'expression habituelle, ont un « côté » de droit international et un « côté » de droit public, qui appartiennent « aux territoires-frontière » entre le droit international et le droit public : souveraineté, unions d'Etats, territoire d'Etat, servitudes internationales, nationalité, importance, conclusion, effets, contenu des traités internationaux, toutes doctrines dont la plupart sont les « enfants de douleur » de la théorie, et qui jouent un rôle marquant aussi bien chez les auteurs du droit public que chez ceux du droit international (2). Mais ce sont surtout les disciplines particulières des différents droits dits « internationaux », droit privé international, droit pénal international, procédure internationale, qui, cultivées aujourd'hui avec ardeur et énergie, sont précisément destinées par nature à s'occuper de notre question. Leur exemple montre précisément combien on manque encore d'une claire connaissance de cette question capitale ; car une partie considérable des nombreuses controverses, importantes et insignifiantes, de ces sciences spéciales et même l'embarras souvent désespéré avec lequel beaucoup d'écrivains, parmi ceux qui s'occupent de ces sciences, cherchent à situer justement leur sujet dans les cadres du droit, proviennent de ce qu'il leur manque une solution exacte de la question fondamentale. Il est remarquable combien peu nombreux, parmi ceux

(1) *Id.*, p. 117 sq., 120 sq.

(2) Des citations nous prendraient inutilement de la place. Nous rencontrerons beaucoup des écrivains dont il s'agit, au cours du traité. Je veux renvoyer seulement aux explications plus développées de Nippold, *Der völkerrechtliche Vertrag*, Berne, 1894, p. 65 sq , 80 sq. Cependant cet écrivain ne fait pas beaucoup plus qu'établir la différence entre le droit international d'une part, et le droit public et privé de l'autre.

qui cultivent les disciplines ci-dessus énoncées, sont ceux qui ont conscience de la portée qu'aurait la solution de notre problème pour la solution de leurs questions spéciales ; et inversement, combien peu ils soupçonnent l'importance que présente ce problème en dehors de la sphère de leurs travaux particuliers. Aussi, la plupart d'entre eux n'apportent-ils que peu de soin à l'étude de cette matière (1). Et l'on ne peut pas s'étonner si on trouve quelquefois exprimé le désir de voir ce sujet traité plus à fond (2). Cependant, le fait que la question est effleurée en un si grand nombre d'endroits prouve qu'une discussion approfondie pourrait être fructueuse à plusieurs points de vue. Mais aussi il me paraît certain, d'après ce qui précède, que pour aller de l'avant, il faut non point ne s'attaquer au problème que par un seul côté, mais le traiter dans son ensemble et sous tous ses aspects.

C'est le but que se propose le traité qui suit. Certes, il ne peut ni ne doit être *définitif*. Mais son auteur espère apporter à la solution d'une question importante une *contribution* à laquelle d'autres peuvent encore ajouter.

(1) Il faut ranger parmi les exceptions, dans le domaine du droit privé international, Jitta, *La méthode du droit international privé*, La Haye, 1890, p. 69 sq. (Rapports du droit international privé avec le droit des gens), et tout particulièrement, Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, Leipzig, 1897, not. p. 35 sq., 71 sq., 196 sq., 202 sq. (Je suis heureux d'avoir encore pu utiliser cet ouvrage pénétrant avant d'avoir achevé de rédiger mon traité et d'y avoir trouvé la confirmation de beaucoup de mes propres opinions) ; pour le droit pénal international, v. Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafs.*, Leipzig, I, 1888 ; II, 1897 (en lui-même, cependant, ce livre appartient au droit international public). On doit aussi mettre à part et louer le livre de v. Beling, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität*, Breslau, 1896, qui, p. 16 sq., consacre une étude spéciale à notre sujet. La raison pour laquelle notre question passe presque complètement inaperçue de beaucoup des écrivains des disciplines en question, est la manière dont ils conçoivent l'essence du « droit privé international », etc... (sur ce point, v. ci-dessous, § 2, II ; § 5, II.

(2) Quelques aspects seulement des rapports en question (les plus importants il est vrai) sont parfois recommandés comme devant être étudiés, notamment le « contenu de droit international » des lois internes. Ainsi, v. Martitz, *op. cit.*, I, p. 414 sq. — Comp. aussi von Calker, *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswissenschaft*, XXXIII, p. 220 ; Zorn, *id.*, XXVII, p. 392 (ce dernier cependant dans un autre sens que le premier).

## II

Quand nous parlons de *rapports* entre le droit international et le droit interne, nous supposons comme donné quelque chose qui n'est nullement hors de contestation, et qui, pour n'être pas contesté, n'est par malheur que trop souvent inaperçu : c'est qu'*il y a* un droit international, et que ce droit est quelque chose *d'autre* que le droit interne. S'il n'y avait pas de droit international, ou si ce qu'on nomme ainsi n'était pas différent du droit interne, notre question n'aurait aucun sens. Certes, même quand on nie l'existence d'un *droit international* distinct du droit interne, on ne conteste cependant jamais qu'il existe un certain ordre des rapports extérieurs entre Etats, qui soit institué et qui repose sur la morale ou les mœurs ; une étude des rapports entre *cet* ordre et le droit interne ne serait donc pas complètement vaine. Elle n'aurait cependant aucune valeur *indépendante*, comme en aurait une l'étude qui se proposerait, d'une façon générale, de retrouver dans le droit le précipité de normes autres et non juridiques, de découvrir les *fontes remoti* du droit. De même, il ne serait pas absolument superflu, si le droit international se comportait envers le droit interne comme la partie envers le tout, d'étudier les rapports de cette partie avec les autres parties, comme on étudie, par exemple, les rapports entre le droit privé et le droit pénal. Cela aurait néanmoins une importance subordonnée, en comparaison de celle qu'aurait un travail qui définirait les relations entre deux complexes juridiques *distincts*.

L'usage, dans le langage, paraît d'abord être en faveur de notre hypothèse, et non seulement l'usage allemand, mais aussi celui qui est communément suivi ailleurs. Nous considérons en général comme opposés le *Völkerrecht* et le *Landesrecht* ; les Français font de même pour le droit des gens ou droit international et le droit interne (*lois d'Etat*, *lois de la nation*, parfois, en ce sens, *droit civil*) ; les Anglais opposent au *law of nations* ou *international law*, le *law of the land* (*state law*, *national law*, *internal law*), que, depuis Blackstone, et précisément par antithèse avec le droit international, ils qualifient le plus souvent de *municipal law* (1). Mais, devons-nous nous demander, une

(1) Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, introd., p. 2 (Stephen, *New Commentaries*, 12e édit., Londres, 1895, p. 23). — Du reste, on

opposition dans les choses correspond-elle à la diversité des expressions ? Le droit international et le droit interne sont-ils des concepts différents (1) ? Il faut préciser davantage la question.

Si nous prenons dans l'ensemble des règles juridiques que l'on désigne en général du nom de « droit » un groupe de règles particulières qui présentent une qualité commune et si, par l'adjonction d'une épithète, nous lui donnons un nom particulier, droit pénal, droit canonique, etc..., le critérium, d'après lequel nous opérons notre choix, peut varier. Il s'agit surtout de deux bases de distinction. Ou bien nous considérons le contenu des règles juridiques, plus exactement, les *rapports sociaux* qui sont régis par ces règles, et nous divisons l'ensemble des règles juridiques en « *branches* » ou en « *parties* » du droit, dont chacune soumet à ses normes une catégorie distincte de rapports. Nous avons ainsi le droit public et privé, le droit pénal, la procédure, le droit administratif, le droit canonique (au sens de droit relatif aux rapports ecclésiastiques, *Kirchliches Recht*), ou plus étroitement, le droit civil, le droit militaire, etc... Ou bien nous considérons la volonté, dont les règles juridiques constituent l'émanation ; et nous divisons le droit en « *systèmes juridiques* » différents, dont chacun naît en totalité d'une *source de droit* particulière. Nous opposons ainsi le droit fédéral et le droit de l'Etat particulier, le droit allemand et le droit français, le droit étatique et le droit canonique (au sens de droit découlant de l'Eglise), peut être aussi le droit étatique et le droit coutumier. Puisque les bases des divisions sont différentes, il est naturel que les groupes particuliers distingués d'après un critérium soient en opposition exclusive les uns par rapport aux autres ; mais non point avec les groupes distingués d'après l'autre critérium. Chaque

n'emploie pas seulement l'expression *municipal law* par opposition avec le droit international ; elle sert parfois aussi à désigner le droit particulier par opposition au droit commun interne. Comp. par exemple Wharton, *Commentaries on law*, Philadelphie, 1884, p. 146. — V. aussi les remarques de Clark, *Practical Jurisprudence*, Cambridge, 1883, p. 173 ; Holland, *Elements of jurisprudence*, 7e édit., Oxford, 1895, p. 344 ; v. Martitz, *op. cit.*, I, p. 406 — D'un autre côté, on trouve aussi, bien que très rarement, l'expression *national law* employée à la place de *international law* : ce doit évidemment être une traduction de *jus gentium*.

(1) Je fais abstraction ici de l'amphibologie que présente l'expression *internationales Recht*.

groupe au contraire supporte en général une sous-division d'après le *principium divisionis* qui a servi de base à la formation des autres groupes. Les « branches du droit » appartiennent à « différents systèmes juridiques »,et chaque système juridique se divise en différentes parties du droit ; il y a un droit pénal français et anglais, et le droit français peut se diviser en procédure, droit privé, etc... Mais il est possible que, de la totalité des règles juridiques, nous isolions des groupes, qui se distinguent de tous les autres tant parce qu'ils découlent d'une source particulière que parce qu'ils ont un objet particulier. Ainsi les règles du droit administratif canonique (*kirchliches Verwaltungsrecht*), au moins d'après la doctrine catholique (1), diffèrent de toutes les autres règles juridiques, à la fois par leur source juridique spéciale, et par la catégorie particulière de rapports sociaux qu'elles régissent.

En quel sens maintenant peut on considérer que le droit interne et le droit international sont opposés ? Réponse : dans les deux sens.

L'opposition est d'abord une opposition des rapports sociaux régis : le droit international régit d'autres rapports que le droit interne.

L'opposition est, en outre, une opposition des *sources juridiques*. Par droit interne, nous comprenons tout le droit qui naît d'une volonté juridique n'appartenant *qu'à un Etat*. Le droit étatique est droit interne, dans la mesure où il doit son existence à un Etat. Je préfère cependant le nommer « droit interne » (*Landesrecht*) plutôt que droit étatique (*staatliches Recht*), d'abord pour éviter qu'on le confonde, ce qui est facile, avec le « droit public » (*Staatsrecht*) qui ne forme cependant qu'une partie du droit interne ; ensuite, pour englober, sans doute possible,ce qu'on appelle le droit coutumier interne (*Landesgewohnheitsrecht*), que la majeure partie des juristes contemporains considère comme droit non-étatique (*nichtstaatliches Recht*), alors qu'on est d'accord en principe sur sa qualité de droit interne, c'est-à-dire sur sa création par une source juridique *nationale*. Le droit international, disons-nous donc, naît d'une *source* autre que le droit interne (*Landesrecht*).

(1) V. à ce sujet Friedberg, *Lehrbuch des kathol. und evangel. Kirchenrechts*, 4e édit., Leipzig, 1895, p. 1 sq.

L'exactitude de ces deux propositions constitue une hypothèse, d'où dépend tout l'exposé qui suit. Malheureusement, je ne peux pas me contenter d'affirmer la vérité, car elle n'est nullement hors de toute contestation. La seconde proposition est notamment très discutée. C'est donc pour moi un devoir, auquel je ne peux échapper, que de démontrer son exactitude. Mais ce qu'il importe seulement, c'est d'établir que le droit international découle d'une source qui lui est propre. Il me sera permis d'éviter toute discussion avec les « négateurs du droit international », dans la mesure où cela ne rentrerait pas dans ma démonstration. Non point seulement parce que cette discussion m'éloignerait par trop de mon but propre, mais aussi parce que je n'ai nulle envie de répéter ce qui a été assez et surabondamment dit par d'autres. Je ne me départirai de cette règle de conduite que sur les points où je crois avoir quelque chose de neuf à dire.

---

CHAPITRE PREMIER

# De l'opposition entre le droit international et le droit interne.

## § 2.

## L'opposition entre les rapports juridiques.

### I

Les rapports juridiques (*Rechtsverhältnisse*) sont des rapports sociaux (*Lebensverhältnisse*) réglés juridiquement. Toute règle juridique est destinée à régir des rapports sociaux. Ces rapports sociaux sont, comme on dit aussi, « des relations » entre sujets. La règle juridique régit ces relations. Et toujours sous la forme suivante : elle accorde à un sujet un certain pouvoir, elle impose à un autre sujet l'obligation correspondante. Toute règle juridique est créée et qualifiée pour attacher à un état de choses des droits et des devoirs subjectifs (1). La différence qui existe au point de vue de leur contenu entre beaucoup de règles juridiques existantes consiste d'abord dans la diversité des droits et obligations qu'elles créent. Mais cette différence peut aussi reposer sur la diversité des sujets pour lesquels doivent naître ces droits et obligations. Si donc le droit international et le droit interne sont des systèmes juridiques

(1) L'expression « relation » de ou entre sujets est beaucoup trop indéterminée, pour définir suffisamment l'objet d'un système juridique. C'est à cela qu'on doit, par exemple, beaucoup de jugements erronés portés sur la nature du droit privé international. Si dans les pages qui suivent je me sers souvent de cette expression, parce qu'elle est commode, c'est toujours dans le sens ci-dessus indiqué.

différents, cela peut être dû ou à la diversité des personnes auxquelles « s'adressent » leurs différentes règles, ou, si les personnes sont les mêmes, à la diversité des rapports que ces règles régissent. Mais il est possible aussi que ces deux cas se présentent ensemble, et il est concevable que l'un des deux se présente pour une partie de ces règles, et l'autre pour une autre partie.

Je pars du droit interne. J'ai indiqué ci-dessus (p. 9) ce qu'il faut entendre par là : tout le droit produit *à l'intérieur* d'une communauté étatique. Je ne m'expose par suite à aucun malentendu si, pour simplifier, je base ma démonstration sur le droit *étatique*, c'est-à-dire sur le droit produit par *un* Etat. En supposant qu'il y ait dans un Etat du droit autre que du droit étatique, il n'y aurait cependant, au point de vue qui nous occupe, aucune différence entre cette partie (la plus importante) du droit interne, et l'autre partie.

Chaque Etat règle par son système juridique les relations entre les sujets qu'il considère comme lui étant *soumis*, c'est-à-dire sur lesquels, à son avis, son autorité s'exerce de façon souveraine. Peu importe d'abord que l'idée qu'il se fait de la sphère sur laquelle ses normes peuvent régner soit universellement partagée. On sait que les conceptions des Etats ne sont pas les mêmes sur ce point. Elles diffèrent principalement sur la question de savoir si et dans quelle mesure il est admissible que l'Etat édicte des normes pour ceux de ses sujets qui ne sont pas membres de la communauté, c'est-à-dire pour les étrangers, par opposition à ceux qu'on nomme le plus souvent aujourd'hui nationaux. Les règles juridiques étatiques régissent soit les relations *réciproques* des individus ou des associations que l'Etat traite comme des sujets de droit (*Rechtsunterthanen*) ; c'est ce que j'appellerai, d'une expression brève, bien que pas très exacte, la réglementation des relations *de droit privé*. Ou bien, l'Etat crée du droit pour les relations de ces sujets, considérés comme sujets de droit, avec lui-même, Etat : je qualifierai ces relations de relations de *droit public*. Mais il est important de remarquer que l'Etat compte parfois parmi ses sujets juridiques, au sens indiqué, des *Etats* étrangers, qui ne lui sont pas incorporés ; il fait des lois, dont l'autorité, de son point de vue, doit lier ces Etats. Ces lois peuvent envisager les Etats étrangers aussi bien au point de vue de leurs relations de droit privé que

de leurs relations de droit public. Les exemples suivants seront suffisants : le législateur accorde à un gouvernement étranger le droit de proposer une peine, d'agir comme demandeur devant les tribunaux internes, d'acquérir des immeubles sur le territoire ; d'un autre côté, il impose à un autre Etat le devoir de s'adresser à ses propres tribunaux (de lui, législateur) pour ses rapports relatifs à ses droits patrimoniaux. Peu importe aussi que ces règles juridiques reposent sur une concession ou une exigence de l'Etat étranger, ou qu'elles émanent d'une prétention injustifiée de l'Etat qui les a créées ; peu importe aussi que l Etat étranger veuille accepter ces droits de l'Etat qui les lui acccorde et s'en servir, ou qu'il veuille se plier aux devoirs qui lui sont imposés, du moins se mettre dans une situation dans laquelle il devrait se plier à ces devoirs.

J'ai cité en nombre suffisant, pour le but que nous nous proposons, les objets auxquels peut s'appliquer le droit créé par l'Etat. Il me reste à démontrer la proposition suivante : s'il y a un droit international qui soit quelque chose d'*autre* que le droit interne, — il m'est encore permis de négliger complètement la question de savoir comment ce droit international pourrait naître — les rapports que régit ce droit international sont d'une nature autre que ceux que nous venons d'énumérer. Autrement dit : les rapports que nous venons de citer ne peuvent être régis *que* par le droit interne (1).

(1) Je formule ainsi la question, pour éviter un *petitio principis* qu'il serait très facile de commettre. La doctrine que l'on peut qualifier aujourd'hui de dominante dit : le droit international ne s'applique qu'aux Etats et qu'entre les Etats ; ou bien, les Etats sont les seuls sujets du droit international. Les deux formules doivent avoir la même signification ; c'est seulement dans Westlake, *Chapters on the principle of international law*, Cambridge, 1894, p. 2, qu'on rencontre la singulière proposition suivante : il est pédant de nier que les pirates et les individus qui forcent un blocus soient des sujets du droit international ; ils sont sujets du droit international en vertu d'une règle du droit international, lequel cependant ne s'applique qu'entre Etats. Du reste, la doctrine dominante enseigne clairement que le droit international ne crée de droits et de devoirs que pour les Etats en tant que tels ; si quelques représentants de cette opinion, suivant l'exemple de Stoerk (H. H. II, p. 588 sq.), ont admis le concept d'un « indigénat international » (*völkerrechtsindigenat*) pour déterminer la situation des nationaux dans les relations internationales (Gareis, *Institutionen des Völkerrechts*, Giessen, 1888, p. 133, sq. ; Rivier, *Lehrbuch*, p. 4 ; *Principes*, I, p. 12 sq.), il ne faut voir là rien de contraire au principe. (Je considère d'ailleurs le concept de l'indigénat international comme sans valeur ; en ce sens, Jellinek, *System der subjektiven öffentl. Rechte*, Fribourg,

Parlons d'abord des relations *réciproques* des individus (et associations), et laissons provisoirement de côté le cas où l'Etat qui crée du droit compte des Etats étrangers parmi les sujets soumis à sa puissance créatrice de droit (*Rechtssetzungsgewalt*). Nous nous demandons d'abord : est-il possible, et voit-on en fait qu'une *autre* source juridique régisse les relations réciproques de ces mêmes individus ? La réponse est évidemment : oui. Deux cas sont à distinguer. *Ou bien* une deuxième source juridique régit *les mêmes rapports des mêmes sujets* que la première. Il est presque trivial de citer des exemples. Un Etat édicte des règles juridiques relativement à des opérations juridiques, comportant, par exemple, des déclarations réciproques conclues

1892, p. 310, n. 1). — L'opinion dominante est, à mon avis, complètement exacte. Je ne peux cependant pas ici me contenter de m'en rapporter à elle. Je dois prouver que le droit international et le droit interne régissent des rapports différents. Ainsi que le montrent les exemples cités au texte, il y a des *lois d'Etat* qui s'occupent des relations de l'Etat qui les a faites avec les autres Etats ; je dois donc rechercher si c'est compatible avec ma thèse. Mais abstraction faite de cela, nous ne savons pas encore, arrivés à cet endroit de notre examen, s'il y a un droit international qui ait une *source* différente de celle du droit interne. J'ai de bonnes raisons pour n'en arriver à cette question que plus tard. En conséquence, la seule chose que je puisse ici prouver est que, s'il y a une source juridique autre, elle ne *peut* pas régir les mêmes rapports que le droit interne. Ici les représentants de la doctrine dominante m'abandonnent, parce que, d'habitude, ils ne considèrent pas que leur proposition ait besoin d'être plus précisément établie. Les recherches détaillées de Heilborn, *Das System des Völkerrechts*, Berlin, 1896, p. 63 sq. (qui sont néanmoins remarquables), me paraissent tourner dans un cercle vicieux. Heilborn veut prouver que ni les traités internationaux ni les règles générales du droit international n'engendrent aucun droit pour les individus, au profit de qui ils sont établis, contre l'Etat qui est obligé par le droit international de les leur accorder. Son raisonnement est le suivant : si les *individus* acquéraient des droits, ils pourraient y renoncer. Tel n'est pas le cas, car seul l'Etat auquel appartiennent ces droits peut délier l'Etat débiteur de son obligation ; en d'autres termes : le particulier ne peut pas renoncer à un droit, parce qu'il n'en a aucun. Mais c'est précisément ce qui devait être démontré. En outre, si le particulier recevait du droit international un droit contre l'Etat étranger, il devrait pouvoir le faire valoir. « Et le droit international ne connait pas de procédure qui ait cet objet » (p. 68). Certes, la contrainte n'est pas un indice du concept de droit ; cependant celui là seul a un droit, qui peut exiger de l'assujetti l'accomplissement de son obligation. Et c'est ce que le particulier ne peut pas faire envers un Etat étranger à propos d'une norme du droit international (p. 69). Et pourquoi ne le peut-il pas ? Parce qu'il est incapable d'avoir un droit, de prétendre à un droit, de poursuivre la réalisation d'un droit qui ne soit pas basé sur la législation étatique (*id.*) Ce qui revient encore à dire : il n'a pas de droit, en droit international, parce qu'il n'en a pas.

par ses nationaux entre eux ou avec des non-nationaux à l'étranger, et l'Etat, sur le territoire duquel ces opérations sont accomplies, promulgue des règles juridiques pour les mêmes opérations. La source juridique qui existe sur un territoire plus étendu régit le même rapport que celle qui existe sur un territoire plus étroit, compris dans le premier : le droit commun et le droit particulier, le droit de l'Empire et le droit de l'Etat particulier, le droit étatique et le droit des associations autonomes qui font partie de l'Etat, ont trait aux mêmes rapports. Remarquez que l'Eglise et l'Etat soumettent les mêmes rapports, en particulier, le mariage, à leur législation. On parle partout, dans ce cas, de concurrence des sources juridiques, et, quand elles édictent des dispositions différentes, de collision ou de conflit des lois. C'est une question distincte, que de savoir comment, dans tel cas particulier, le « conflit » peut se résoudre. La seule chose qui nous intéresse, c'est qu'il existe. *Deuxièmement* : plusieurs sources juridiques régissent bien des rapports *des mêmes individus* entre eux, mais non pas les *mêmes rapports*. Par exemple, les lois d'un Etat fédéral régissent les seules opérations commerciales : les lois des Etats particuliers régissent toutes les autres ; l'Etat fédéral établit seulement le droit des obligations, et abandonne aux Etats-membres tout le reste du droit privé. On peut encore citer la création du droit canonique. Ainsi : la réglementation des rapports de « droit privé » par la source juridique d'un Etat n'empêche pas qu'une *autre* source juridique s'empare de ces mêmes rapports.

Or tous les exemples que nous avons choisis montrent que cette *deuxième* source est dans tous les cas la volonté d'une *communauté* (*Genossenschaft*) qualifiée pour créer du droit, volonté d'un autre Etat, d'une commune, de l'Eglise. Cela provient-il de ce que nous aurions arbitrairement choisi nos exemples ? Certainement non. Cela repose sur une nécessité interne. Car les rapports réciproques entre deux individus ne peuvent être réglés que par une *communauté* apte à créer du droit, dont ils sont *tous deux membres égaux* (*gleichgestellte Genossen*), et qu'elle considère comme soumis à l'empire de ses normes. Mais nous ne connaissons comme communautés composées d'hommes (car on ne rencontre un Etat mondial que dans les rêves des utopistes) que les communautés *organisées*, composées d'une pluralité d'hommes, et créant du droit pour

rapports entre ces hommes : notamment en particulier les Etats (1). En conséquence, et c'est ce qu'il fallait prouver, quand des rapports réciproques entre individus sont réglementés plusieurs fois, cette pluralité de réglementations est due à des sources existant dans des communautés (*genossenschafliche Quellen*), et principalement à des sources *de droit interne*, — en prenant l'expression « droit interne » en son sens le plus large. Il se peut aussi que plusieurs Etats, pour certaines raisons, règlent *en commun* des relations individuelles qu'ils considèrent tous deux comme susceptibles d'être régies par leurs normes. Si l'on voulait regarder ce procédé comme un mode de formation du droit international, ce droit international ne consisterait alors en rien d'autre qu'en une pluralité de lois nationales concordantes. Et alors, de deux choses l'une. Ou bien, le droit international n'est qu'une subdivision du droit de la communauté (*Genossenschaftsrecht*), alors il va de soi qu'il régisse aussi ces rapports de « droit privé » ; ou bien, il se *distingue* par sa source du droit de la communauté : alors ce ne sont pas les rapports réciproques entre *individus* qui forment l'objet de ses règles (2).

(1) Même si nous considérions le droit coutumier comme émané d'une source autre que la volonté d'une communauté *organisée*, le résultat auquel nous aboutirions sur ce sujet ne serait pas différent de ce qu'il est pour le droit législatif (*Gesetzesrecht*). On ne peut concevoir que des rapports de « droit privé » soient l'objet d'une réglementation multiple par l'effet de plusieurs droits coutumiers, que dans la mesure où les mêmes individus sont également traités comme membres par plusieurs communautés, dans lesquelles se produit ce droit de coutume. Mais on ne peut concevoir ces divers droits coutumiers que comme des formations juridiques nationales de droit interne. Il n'y a pas place ici pour une autre source, qu'on pourrait nommer « internationale ». On alléguera peut-être qu'en certaines matières, dans lesquelles se rencontrent de nombreux individus appartenant par leur nationalité à de nombreuses nations, par exemple dans le commerce ou la navigation maritime, il s'est formé des normes de droit coutumier, qu'on pourrait qualifier de spécifiquement « internationales » Sans doute, mais je ne vois pas davantage ici en quoi la source qui a créé ces normes se distingue dans sa *nature* de celle qui, dans *une* nation, crée un droit de coutume spécial à des cercles déterminés, par exemple, spécial à certaines professions. Dans les deux cas, abstraction faite toujours des discussions sur l'essence du droit de coutume, il s'agirait de la création d'un droit par des communautés de même nature, également composées d'individus : on ne pourrait donc pas les considérer comme des *sources juridiques de nature différente*.

(2) Le point de vue adopté au texte permet de résoudre la question de savoir de quelle nature sont les rapports entre individus appartenant à un Etat et individus se tenant en dehors de toute communauté étatique (sau-

Il n'en est pas autrement des rapports qui se nouent entre *un Etat* et *des particuliers* ou des associations de particuliers (les Etats étrangers étant encore laissés de côté) et qui sont régis par le système juridique de cet Etat. Ici encore il n'y a rien d'extraordinaire à ce que, outre l'*Etat* dont nous considérons les rapports avec des individus, une autre source juridique règle ces mêmes rapports, ou en règle d'autres, mais qui mettent cependant en relation les mêmes sujets. L'exemple tout indiqué est l'Etat fédéral, qui accorde, par exemple, à l'Etat particulier le droit de punir, dans certains cas, ses sujets, ou à ces sujets le droit d'être juridiquement protégés par l'Etat-membre, etc... Mais cet exemple nous montre encore immédiatement que la deuxième source est une source de *droit interne* qui, par rapport à elle-même, considère l'Etat subordonné et les sujets de celui-ci comme étant également soumis à sa puissance créatrice de droit. Nous ne pouvons absolument pas concevoir qu'une source juridique autre qu'une source de droit interne règle les rapports du particulier avec son propre Etat ou un Etat étranger, parce que nous ne connaissons, en dehors de l'Etat composé, dont le droit est précisément du droit interne, aucune communauté organisée qui puisse élaborer des règles juridiques pour l'Etat et l'individu, en tant que membres de la communauté (1). Mais une troisième question se trouve aussi immédiatement résolue. Quand un Etat établit des règles juridiques pour certains rapports entre les individus qui sont soumis à ses lois et les Etats *étrangers*, nous pouvons imaginer que ces mêmes rapports sont aussi réglés par la législation des Etats étrangers. Exemple : un Etat oriental reconnaît par voie législative aux tribunaux consulaires d'un Etat européen un droit de juridiction sur son territoire ; et l'Etat européen institue pour ces tribunaux, dans sa loi

vages, demi-sauvages, etc.). Ou bien, en effet, le droit de cet Etat contient des dispositions à ce sujet, et alors il s'agit de dispositions de droit interne, ou bien il ne dit rien, et alors il s'agit de rapports qui ne sont réglés par aucun droit (et notamment pas par le droit international), puisqu'il n'y a pas une communauté, qui traite les deux parties en membres.

(1) Ainsi se trouve résolue la question souvent posée de savoir si et dans quelle mesure la conduite d'un Etat à l'égard d'individus qui n'appartiennent à aucun Etat est déterminée par le droit international. La solution correspond à celle qu'on donne à la question de l'existence de rapports de droit entre les *nationaux* d'un Etat et les sauvages, etc... (V. la note précédente).

relative aux tribunaux consulaires, un droit de juridiction de même étendue. Certes, il se peut qu'une règle juridique, disons une règle de droit international ait autorisé l'Etat européen, vis-à-vis de l'Etat oriental, à édicter cette réglementation. Seulement cette règle régirait des rapports *autres* que ceux qui existent entre l'Etat européen et ses nationaux établis en Orient : elle régirait des rapports entre les deux *Etats*. Au contraire, cette loi était encore une réglementation de droit interne ; et aucune autre n'est possible. Si plusieurs Etats réglementaient *en commun* les rapports ci dessus mentionnés, cette réglementation ne saurait être autre chose qu'une législation interne concordante.

Il ne nous reste plus ainsi que les relations d'Etat à Etat.

Si nous admettons qu'il y a une communauté, composée seulement d'Etats, et dans laquelle ceux-ci occupent un rang égal, il est *concevable* qu'une source juridique règle les rapports réciproques des Etats en tant que tels ; et cette source, puisqu'il n'existe pas un Etat mondial au-dessus des Etats souverains, ne peut pas être une source juridique étatique. Mais nous avons vu plus haut que l'Etat entreprend parfois de régler, par la voie législative, quelques-uns de ses rapports avec les Etats étrangers, de telle sorte qu'il accorde des droits à un autre Etat, ou qu'il lui impose peut-être des devoirs. Il semble par là que nous ayons, *ici* au moins, affaire à un cas dans lequel les rapports réglés par le droit interne pourraient aussi former l'objet d'une réglementation non-étatique, qu'on serait alors en droit de qualifier d'internationale. Notre thèse se trouverait par là renversée. Mais il n'y a là qu'une apparence. Car partout où un Etat particulier juge convenable d'établir par des actes unilatéraux de sa législation des rapports de droit entre lui et un Etat tiers, il ne traite justement *pas* cet Etat comme un membre *coordonné* de la communauté (*koordinirter Gemeinschaftsgenoss*). C'est absolument clair, quand il se reconnaît à lui-même des droits, et qu'il impose des devoirs à l'autre. Mais même quand il accorde à l'Etat étranger *des droits contre lui*, il ne fait là, à aucun degré et en aucun sens, rien qui diffère de ce qui se passe quand il reconnaît contre lui-même des droits à ses sujets, qu'ils soient ses nationaux ou non, ou à leurs associations Qu'on pense ce qu'on voudra sur la nature et la possibilité d'une auto-limitation (*Selbstverpflichtung*) de

l'Etat par des actes de sa législation (1), il me paraît certain qu'un rapport de droit entre un débiteur et un créancier, qui doit ce qu'il est à la *seule* volonté du débiteur, doit *a priori* revêtir un autre caractère qu'un rapport de droit entre sujets *coordonnés*, qui naît de la volonté d'une communauté dont ils font l'un et l'autre partie. Peut-être puis-je dire, sans être mal interprété : les rapports de droit qu'un Etat établit par sa législation entre lui et un autre Etat sont des rapports *de droit public* ; les rapports de droit qui peuvent naître en vertu d'une réglementation édictée par une communauté embrassant des Etats coordonnés, sont, par nature, des rapports de droit individuel (*individualrechtliche Verhältnisse*), des rapports de droit privé. Dans le premier cas, ce sont des rapports entre un Etat supérieur et un Etat subordonné ; dans le second cas, ce sont des rapports entre sujets juxtaposés.

Je crois par là avoir établi ce qui suit : *s'il* y a un droit international qui découle d'une autre source que le droit interne, ce ne *peut* être qu'un droit qui règle des rapports entre Etats *coordonnés*. A supposer qu'un tel droit international existe, il diffère du droit interne par la nature des rapports régis. Les rapports que régit le droit interne ne peuvent pas faire l'objet d'une réglementation internationale, et inversement. Le droit international et le droit interne, *s'ils* découlent de sources différentes, doivent avoir un contenu différent (2). Il y a certes un cas — c'est le seul — dans lequel un droit interne règle des rapports entre Etats *coordonnés* : c'est quand l'*Etat fédéral* édicte, dans sa Constitution et dans ses lois, des normes obligatoires pour les relations réciproques des Etats-membres. Si, malgré la subordination de ces Etats à une puissance étatique supérieure (on parlera plus tard de cela) (3), il devait encore y avoir des règles internationales pour leurs rapports réciproques, ces règles ne s'étendraient qu'*à celles* de leurs relations pour lesquelles l'Etat fédéral s'est *abstenu* d'édicter des normes. Ainsi *plusieurs* sources juridiques auraient bien créé des droits pour des rapports entre Etats *coordonnés*, mais chacune pour la partie seu-

(1) Je reviendrai à ce problème dans une autre partie de ce livre (V. ci-dessous, § 4, II). La solution de notre question est extrêmement simple, dans la théorie qui nie que le sujet puisse avoir des droits contre l'Etat.
(2) Inexact, Nippold, *Völkerrechtl. Vertrag*, Berne, 1894, p. 73.
(3) V. § 7, V.

lement que les autres n'ont pas touchée. Une partie des relations réciproques des Etats-membres serait donc réglée par le droit interne, une autre par le droit international, mais *aucune* ne le serait *à la fois* par le droit interne *et* par le droit international (1).

II

S'il y a un droit international, il ne peut s'appliquer qu'aux rapports entre Etats coordonnés. Cette proposition est fondamentale pour toute notre étude, mais elle dépasse en importance et de beaucoup la sphère des questions que nous devons aborder.

Elle détermine de quelle nature est la situation qui est faite à l'*individu* en droit international. Ce ne peut pas être la situation d'un sujet de droit. Le particulier, du point de vue d'une communauté de droit liant les Etats en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et de devoirs propres, découlant du système juridique de *cette* communauté. Peu importe que ce soient en grande partie *ses* intérêts que les règles du droit international se proposent de sauvegarder. On est maintenant à peu près unanime à reconnaître que toute règle juridique, qui est faite dans l'intérêt d'un être déterminé, ne fait pas de cet être un sujet de droit. Les accords intervenus entre les Etats en faveur des nègres africains n'élèvent pas les noirs, dont ils doivent protéger le bien être, au rang de personnalités de la communauté juridique, dont les institutions s'occupent d'eux. On ne peut donc concevoir l'individu, dans le cadre d'un droit international supposé par nous possible, que comme *objet* de droits et de devoirs internationaux (2). Quand le particulier est investi, à propos de *rapports* internationaux, de droits et de devoirs, cela ne peut être dû qu'à une règle de *droit interne*, laquelle peut cependant être entièrement liée à une règle de

(1) Ma définition du droit international serait donc la suivante : « C'est le droit qui s'applique aux relations réciproques d'une pluralité d'Etats coordonnés. » Cette formule exclut ainsi, comme objet de réglementation internationale, les rapports entre un Etat supérieur et les Etats qui lui sont subordonnés ou incorporés (V. ci-dessous, § 7, IV) ; elle comprend au contraire les rapports qu'entretiennent des Etats dépendants d'un troisième, soit entre eux, soit avec les Etats tiers, sans dire cependant qu'on doive considérer comme appartenant au droit international tous les rapports réciproques de ces Etats.

(2) V. notamment Heilborn, *op. cit.*, p. 66 sq.

droit international. Nous aurons à reparler suffisamment de cela.

Ces faits offrent à la doctrine juridique une tâche difficile bien que productive, et à laquelle d'ailleurs elle ne s'est encore mise que dans une étroite mesure. Cette tâche concerne d'abord la manière dont sont formulées les règles du droit international (1). On n'a encore à peu près rien fait en cette matière, par suite en partie de fausses conceptions, en partie d'une horreur de la précision juridique, horreur qui est commode et qui est devenue traditionnelle dans notre discipline. Il est vrai que la matière positive offre précisément sous ce rapport des difficultés considérables. Car les accords que concluent les Etats et que j'ai principalement en vue ici, sont rarement rédigés d'une façon qui corresponde à la véritable nature des rapports. Un coup d'œil jeté sur les traités d'établissement, de commerce, de navigation, qui sont si caractéristiques de notre siècle, et sur nombre d'autres traités, montre que les différentes dispositions relatives aux « rapports » entre les nationaux, n'attribuent que dans la *forme* à ces individus (2) des capacités, des droits, des obligations. Et même cette rédaction — ce n'est peut-être pas sans intention — se trouve d'emblée telle, qu'elle ressemble à la forme sous laquelle le droit interne interdit, ordonne, accorde, autant que se ressemblent deux gouttes d'eau. Il s'agit d'extraire le suc international de ces dispositions, préparées pour la future législation interne « conforme au droit international ». Et cela n'est pas moins nécessaire pour l'importante masse de ces règles du droit international relatives aux individus, qui n'ont pas été expressément formulées (qu'on songe à l'expulsion, au traitement des prisonniers de guerre, à la population pacifique du théâtre de la guerre, aux matières de la contrebande, de la violation des blocus, etc...) et desquelles une manière négligente de s'exprimer fait naître depuis l'antiquité, au grand dommage d'une connaissance exacte des choses, des droits et des devoirs pour les individus (3).

(1) Dont je suppose toujours prouvée l'existence.

(2) Ou à leurs associations. — Comp. par exemple les règles du traité du 29 octobre 1888 relatif au canal de Suez (M. N. R. G², XV, p. 557), art. 3, à propos du matériel appartenant à la Compagnie de Suez, etc...

(3) De même, on parle, en droit interne, des enfants « à qui s'impose l'obligation du vaccin » (*impfpflichtige Kinder*) ; ce sont pourtant les parents ou les tuteurs qui sont obligés de faire vacciner les enfants, et non point ceux-ci qui doivent se faire vacciner.

Je n'insiste sur ce point que parce que notre exposé sera souvent et sensiblement gêné par ces défauts de la doctrine.

Inversement, s'il est exact que le droit interne est incapable de régler de lui-même les rapports d'Etat à Etat qui doivent être considérés comme rapports de coordination, on doit s'efforcer de ramener à leur juste proportion les dispositions de lois internes, qui paraissent contredire cette proposition. De même en effet que l'accord international, souvent destiné, d'après sa rédaction, à pénétrer dans le droit étatique, cache son contenu international, de même une pratique relâchée crée souvent des règles de droit interne sous une forme qui, considérée extérieurement, ne peut être conçue que comme celle d'un traité international (1). Je reparlerai de ceci dans une autre partie de ce livre.

S'il y a un droit international, il doit régir d'autres rapports que le droit interne. Expliquer clairement ce fait, et en observer les conséquences logiques, ce sont là des études qui apparaîtront, au cours de nos recherches, comme offrant un grand intérêt. Elles permettent de résoudre complètement plus d'une question que l'on a jusqu'à maintenant traitée d'un point de vue tout à fait opposé. Les nuages qui entouraient les théories de la conclusion et de l'efficacité des traités internationaux, des « délits contre le droit international », de l'application du droit international par les tribunaux internes (au cas surtout de contradiction apparente entre le droit international et le droit interne),

(1) Il en était ainsi de différentes Constitutions d'Etats allemands sous la Confédération, qui disposaient que certaines « décisions de l'Assemblée confédérale » devaient former une *partie* du droit étatique intéressé ; ainsi Constitution badoise, de 1818, § 2 ; Constitution du Grand-Duché de Hesse, de 1820, art. 24. La loi fondamentale de Schwarzburg-Sondershausen du 8 juillet 1857, § 3, est encore plus singulière : « les *rapports* de la principauté avec la *Confédération germanique* forment une *partie de sa constitution* ». Ces rapports ne peuvent pas former le contenu de la Constitution interne d'un Etat ; ils ne le peuvent pas plus que la Constitution d'Empire actuelle ne pourrait être un élément de la Constitution d'un Etat-membre. En ce sens, et avec raison, Haenel, *Studien zum deutsch. Staatsrecht*, I, Leipzig, 1873, p. 53 sq., 75 sq. ; *Deutsches Staatsrecht*, I, Leipzig, 1892, p. 29 sq. ; 69, n. 26 ; Laband, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 3ᵉ édit., I, Fribourg et Leipzig, 1895, p. 24 sq., 41 ; G. Meyer, *Lehrbuch des deutsch. Staatsrechts*, 4ᵉ édit., Leipzig, 1895, p. 162 ; Zorn, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 2ᵉ édit., I, Berlin, 1895, p. 27 sq. — *Contra*, v. Seydel, *Kommentar zur deutsch. Reichsverfassung*, 2ᵉ édit., Fribourg et Leipzig, 1897, p. 15 sq. Les deux choses sont intimement liées, car on n'en arrive à considérer la Constitution d'Empire comme une loi d'Etat, que si on lui attribue d'abord un caractère international !

se dissiperont peut-être en partant de ce principe. Je ne fais qu'indiquer cela, pour y revenir plus tard en détail.

Je ne peux dès maintenant mettre en lumière qu'un point. S'il est impossible que le droit interne et le droit international régissent les *mêmes* rapports, il est impossible aussi qu'il y ait jamais une soi-disant *concurrence* entre les *sources* des deux systèmes juridiques. Le droit privé interne et étranger, le droit pénal interne et étranger luttent parfois pour s'emparer d'une seule et même situation de fait ; ce phénomène est sans analogue dans les rapports du droit international et du droit interne. On verra plus tard quelles conséquences importantes on doit tirer de cela.

Notre point de vue nous permet en outre d'attribuer aux différentes théories de ce qu'on appelle le droit privé international et le droit pénal international leur véritable place dans le droit. Je dis : les *différentes* théories, car le mot malheureux « international » a eu cette conséquence que sous un titre commun, se sont trouvées réunies des choses qui n'ont entre elles aucune véritable parenté (1), de sorte que c'est une entreprise tout à fait vaine que de discuter la question de savoir si « le » droit privé international, « le » droit pénal international, rentrent ou non dans le droit international. Celui qui entend par droit privé international l'ensemble des règles pour les rapports des Etats relativement au *conflit* de leurs lois ou à la situation juridique de leurs sujets, n'a point tort quand il considère *ces* règles comme des parties du droit international (2) ; on peut tout au plus lui reprocher de donner à sa discipline des frontières trop étroites (3). Et celui qui au contraire soutient que dans le droit privé international et dans le droit pénal international il ne s'agit que des rapports, régis juridiquement, des individus entre eux ou avec l'Etat, et que, *par*

(1) V. à ce sujet notamment, v. Martitz. *op. cit.*, I, p. 400 sq.

(2) Comp. not. Laurent, *Droit civil international*, I. Bruxelles et Paris, 1880, p. 9 sq. ; Lainé, *Introduction au droit international privé*, I, Paris, 1888, p. 6 sq., 14, 17 ; Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e édit., Paris, 1890, introduct., p. 31 sq. ; Pradier-Fodéré, III, p. 609, etc. ; Despagnet, *Précis de droit international privé*, 2e édit., Paris, 1891, p. 1 sq. ; *Cours de droit international public*, Paris, 1894, p. 49 ; Piedelièvre, *Précis*, I, p. 15 sq.

(3) En fait, les limites, qui devraient résulter pour leur exposé de cette conception, ne sont jamais observées par les écrivains en question.

*suite*, il ne s'agit pas de droit international (1), celui-là adopte peut-être un faux point de départ ; on ne peut pas lui reprocher de manquer de logique. Mais on doit dès l'abord rejeter comme évidemment contradictoire, toute théorie qui, bien que soutenant que le droit privé international n'est un droit que pour les personnes privées, incorpore cependant ce droit dans le droit international (2), ou qui commet la faute, encore plus grave, de ranger ce droit *aussi bien* dans le droit international que dans le droit interne (3). On ne peut parvenir à une solution de cette question, que si on examine les différentes règles juridiques, réelles ou prétendues, qui flottent sous le pavillon du droit « international », à l'effet de savoir quels rapports de quels sujets elles régissent. On verra alors que la partie, de beaucoup la plus

(1) V. not. Jitta, *op. cit.*, p. 34 sq. — En outre, Gareis, *Institutionen des Völkerrechts*, Giessen, 1888, p. 169 ; Walker, *Streitfragen aus dem internat. Civilprozessrechte*, Vienne, 1897, p. 16 sq. ; Harrisson, *Journal*, p. 421, 533 sq. ; Hall, *Treatise*, p. 54 ; Lorimer, *Institutes of the law of nations*, I, Edimbourg et Londres, 1883, p 349 ; Bard, *Précis de droit international*, Paris, 1883, introduct. p. 1, 5 ; Roguin, *Archiv f. öff. Recht*, IX, p. 164 ; v. Rohland, *Intern. Strafrecht*, I, Leipzig, 1877, p. 2, etc.

(2) Vesque v. Püttlingen, *Handbuch des in Oesterreich geltenden internationalen Privatrechts*, 2e édit., Vienne, 1878, p. 1 sq. ; Brocker, *Cours de droit international privé*, I, Paris et Genève, 1882, p. 19 ; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 1890, p. 5 sq. V. aussi Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 3e édit., Erlangen, 1884, p. 120.

(3) v. Neumann, *Grundriss der heut. europ. Völkerrechts*, 3e édit., Vienne, 1885, p. 3 ; Nippold, *Völkerrechtl. Vertrag*, p. 263, 267, et n. 26. — Th. Pütter, *Prakt. europ. Fremdenrecht*, Leipzig, 1845, p. 11, rentre aussi parmi ces auteurs. Funck-Brentano et Sorel, *Précis du droit des gens*, Paris, 1877, p. 24 sq. sont tout à fait confus. — v. Bar, *Theorie und Praxis des internat. Privatrechts*, 2e édit., I, Hanovre, 1889, occupe une place particulière. Il nie qu'on doive considérer le droit privé international comme une partie des différents droits internes (p. 4 sq.) ; que ce droit soit « lié » au droit international, il n'a rien à objecter là-contre ; mais ce droit n'*est* pas du droit international (p. 10). C'est donc un droit indépendant, *sui generis*, qui repose sur la « *nature des choses* » (p. 5 sq.). On sait que v. Bar est à peu près seul aujourd'hui à admettre, pour le droit privé international, ce fondement du droit naturel (comp. Niemeyer, *Zur Methodik des internat. Privatrechts*, Leipzig, 1894, p 31 sq.). Mais on peut laisser cela de côté. Admettons qu'il ait raison. C'est malgré tout faux, que de dire, comme il fait, que le droit international et le droit privé international ont maintes « matières communes » (p. 10 ; v. aussi préface, p. X, n. 3). Ou bien ces deux droits n'en font qu'un, c'est-à-dire découlent d'une même source, et alors l'expression est impropre ; ou bien ils sont distincts, et alors ils ne *peuvent* pas avoir des « matières » communes, c'est-à-dire des « objets de réglementation commune » ; cela est notamment impossible si on les oppose expressément l'un à l'autre, l'un étant le « droit international des Etats », et l'autre le « droit international des personnes privées » (p. 10).

importante de ce droit « international », ne *peut* être que du droit interne. Je n'examine pas ici la question de savoir si le soi-disant droit privé international n'a pas seulement pour objet d'édicter des « normes d'application » (*Anwendungsnormen*) pour le juge qui se trouve appelé à choisir entre l'application du droit interne et l'application du droit étranger, ou bien si on doit le considérer comme régissant lui-même les rapports, que, dans tel cas donné, il s'agit de juger judiciairement. Car, la norme d'application ne peut être dans les deux cas, qu'on la considère comme constituant un ordre au juge national ou comme réglant des relations de la vie privée, qu'une *règle de droit interne*. Certes, on peut concevoir des règles juridiques — en réalité, elles ne sont pas nombreuses — qui imposent à l'*Etat*, vis-à-vis d'*autres Etats*, le devoir de faire juger, d'après un droit étranger, des actes auxquels ont pris part des nationaux de ces Etats ou qui offrent pour ceux-ci un intérêt particulier. Des règles *de cette sorte* s'adressent aux Etats en tant que juxtaposés, elles ne fondent des droits et des devoirs qu'entre eux. C'est pourquoi les *premières* normes ne sont pas du droit international, et peut-être même pas du droit privé ; *celles-ci* au contraire sont incontestablement du droit international, et certainement *pas* du droit privé (1). Il en est exactement de même des règles similaires que nous rencontrons dans les doctrines du droit pénal international, de la procédure internationale, etc... Il suffit d'indiquer cela ici. Nous serons maintes fois obligés de revenir à cette question.

Encore une chose pour finir : c'est une expression qui risque au plus haut degré d'induire en erreur que de désigner certains rapports et certaines institutions juridiques comme « *territoires-frontières* » (*Grenzgebiete*) entre le droit international et le droit interne, notamment le droit public. Cette expression, empruntée à un autre ordre d'idées, n'est pas précisément choisie avec bonheur. L'image qu'elle contient n'est exacte en aucun cas. Une frontière est une ligne ou un plan idéal, qui n'appartient à

(1) Ces deux catégories de règles juridiques sont aujourd'hui parfaitement distinguées, notamment par Zitelmann, *op. cit.* Mais je ne peux pas me rallier à sa terminologie (« droit privé international superétatique » et « droit privé international intra-étatique »). Elle a cependant l'avantage d'indiquer le domaine sur lequel ces deux catégories de règles se sont jusqu'à présent trouvées réunies, le plus souvent sans ordre.

*aucun* des domaines qu'elle « sépare ». Un territoire-frontière est tout au plus une *partie* d'un territoire, attenant à un autre territoire. Mais ce mot, au sens qu'on lui donne fréquemment dans la théorie des sources du droit, ne signifie ni cette partie, ni un domaine neutre situé entre plusieurs territoires et n'appartenant à aucun d'eux : il signifie un territoire *commun*, sur lequel règnent plusieurs maîtres. Une souveraineté de cette sorte, commune au droit international et au droit interne, est, dans tous les cas, d'après ce qui vient d'être dit, *impossible* ; ils ne *peuvent* pas régner sur les mêmes « territoire » ; ils doivent, *s'ils* existent tous deux, régner sur des territoires différents.

---

§ 3

## La source du droit international.

I

Nous n'avons déterminé jusqu'ici que les rapports que devrait régler le droit international, s'il existe. Mais nous n'avons pas encore démontré qu'il y a un droit pour ces rapports. Ce droit ne pourrait, disions-nous, soumettre à ses normes que les relations d'Etat à Etat. Peut-il y avoir un droit pour ces relations, et de quelle source découle-t-il ?

Tout droit est « réglementation de la vie d'une communauté ». C'est une question très difficile, qui a été souvent soulevée (1) et qui n'a jamais encore reçu une réponse satisfaisante, que celle de savoir comment doit être constituée une communauté, pour pouvoir produire d'elle-même et pour elle-même du droit. Elle ne peut certes pas être vidée ici. Il paraît cependant de démontré aujourd'hui, d'une part, que la « nation » (*Volk*) n'est pas le seul cercle de vivants, susceptible de créer du droit ; il semble, d'autre part, qu'on doit considérer comme des conditions essentielles de cette création l'existence d'intérêts importants communs à un grand nombre de sujets et la conscience de ces intérêts communs chez les membres de cette communauté. Aucune discussion n'est nécessaire pour démontrer que la « communauté internationale » actuelle remplit ces deux conditions, du moins celle qui se compose des vieux Etats européens, et des Etats nouveaux issus d'eux.

Cette communauté est composée de communautés particulières, et nous avons vu que le droit international ne peut être qu'une somme de règles juridiques pour les relations de ces

(1) Comp. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 197, n. 1 ; Merkel, *Jurist. Encyklopaedie*, Berlin et Leipzig, 1885, p. 39 ; Regelsberger, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 82 sq. ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 119 sq. — Comp. aussi, Wandt, *Logik*, 2e édit., II, *Methodenlehre*, Stuttgart, 1895, p. 543.

communautés particulières, en tant que telles. Il serait impossible de se représenter un droit international, si on ne pouvait concevoir ces communautés, les Etats, comme des personnalités indépendantes, distinctes de la somme des parties qui les composent (1). Mais je pars de cette hypothèse ; je la tiens pour démontrée et je peux ne pas discuter les opinions contraires. Il ne peut alors y avoir rien d'extraordinaire, à ce qu'un système juridique s'adresse à ces seules communautés, en tant que telles. On peut bien se demander certes si *tout* rapport d'une communauté avec une autre peut faire l'objet d'un système juridique ; je n'ai besoin de rappeler à ce point de vue que les relations entre l'Etat et une Eglise, dont une partie seulement se trouve sur son territoire. Mais on peut toujours concevoir un système juridique pour les relations entre communautés *de même sorte*. Nous avons à foison des exemples de différentes règles juridiques, qui ne sont destinées qu'à fonder des droits et devoirs, par exemple, entre Etats. La Constitution et de nombreuses lois de tous les Etats fédéraux nous fournissent des exemples à pleines mains (2) ; tout Etat a créé des lois qui ne s'adressent qu'aux associations dont il est composé, en tant que telles : Etats, communes, autres corporations (3). La question qui se pose seulement est celle de savoir si, dans *une communauté d'Etats, qui sont indépendants les uns des autres, et ne sont soumis à aucune puissance étatique supérieure*, il peut se créer un droit pour les rapports réciproques entre ces Etats.

Nous appelons droit, au sens objectif, un ensemble de règles juridiques. Mais qu'est-ce qu'une règle juridique ? Ce n'est ni une proposition au sens grammatical, ni un jugement au sens logique, ni une « déclaration » (*Aussage*) sur un droit existant ; c'est le *contenu* d'une *volonté* manifesté dans le but de limiter des sphères de volontés humaines, d'une volonté qui, pour des raisons que nous laisserons provisoirement de côté,

(1) Comp. Cauchy, *Droit maritime international*, I, Paris, 1862, p. 16.

(2) Je rappelle les nombreuses dispositions de la Constitution de l'Empire allemand, comme les articles 19, 42, 76 al. 1, etc.., qui n'ont trait qu'aux relations des Etats-membres entre eux ou avec l'Empire.

(3) Un exemple seulement : loi d'Empire sur le domicile de secours du 6 juin 1870, § 61 : « Les dispositions de cette loi n'accordent et n'imposent des droits et des devoirs qu'aux communautés (associations locales ou nationales de pauvres, Etats particuliers) qui sont obligées par ses prescriptions d'accorder un secours public. »

peut déterminer des volontés humaines, d'une volonté dont le contenu est « obligatoire » pour elles ; bref, d'une volonté supérieure à la volonté individuelle. La formation de la règle juridique, la création du droit est ainsi une *déclaration de volonté*, déclaration d'après laquelle quelque chose doit être droit. La propriété d'être l'émanation d'une volonté supérieure est le caractère essentiel qui distingue la règle juridique des autres règles qui concernent les hommes et leurs relations ; c'est le seul caractère par quoi se distinguent le droit et l'usage (1), c'est un des principaux caractères par quoi se distinguent le droit et la morale (2).

(1) En sens contraire, surtout, Stammler (*Theorie des Anarchismus*, Berlin, 1894, p. 20 sq. ; *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, 1896, p. 125 sq., 487 sq., etc...), qui voit la différence entre le droit et l'usage (règles conventionnelles, *Konventionalregel*) en ce que le premier a pour but de s'appliquer *objectivement*, indépendamment du consentement des individus qui lui sont soumis, tandis que le second ne doit s'appliquer que grâce au consentement de ceux qui s'y soumettent. De même, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 113 sq. Mais l'usage est aussi une « règle simplement obligatoire ». On *peut* bien s'y soustraire, quand on veut s'en affranchir, mais on « peut » aussi violer le droit. Les conséquences que l'infraction entraîne après soi se déterminent dans chaque cas indépendamment de la volonté de son auteur. Si, comme Stammler, on considère que le droit et l'usage sont l'un et l'autre *établis* par les hommes, que, par suite leurs règles sont des émanations de volontés, on ne peut alors découvrir aucun critérium formel pour les distinguer. On ne trouve certainement pas ce critérium dans la « *volonté* d'être en vigueur » (*Geltenwollen*). Car toute règle, qui naît d'une volonté, veut *simplement*, sans se préoccuper d'un consentement, entrer en vigueur, c'est-à-dire être obligatoire. On pourrait tout au plus se demander si la *raison* pour laquelle elle est en vigueur réside dans le consentement de l'individu qui y est soumis ; mais ce serait une tout autre question. — En sens opposé à Stammler, H. O. Lehmann, *Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz*, Marburg, 1897, p. 25, dont le propre exposé d'ailleurs n'est pas satisfaisant. Il est inexact, en outre, de vouloir distinguer le droit et l'usage d'après la *valeur objective* des intérêts qu'ils ont pour but de protéger : le droit protégeant les intérêts vitaux (*Lebensinteressen*) et l'usage les intérêts moins importants de la communauté. Ainsi, Regelsperger, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 60 sq. Car l'expérience nous enseigne que très fréquemment le droit n'étend pas son domaine aux intérêts vitaux, qui — objectivement considérés — sont de première importance, et qu'il garantit énergiquement des intérêts subordonnés. comme le démontrent toutes les lois pénales de police. C'est la *source juridique* qui décide quels intérêts il lui paraît nécessaire et admissible de protéger par les moyens dont elle dispose. Ce n'est pas toujours l'*estime* qu'elle a pour un intérêt de la communauté, qui constitue le motif pour lequel elle le protège ou non. — Sur la « contrainte » comme critérium du droit, v. ci-dessous, § 4, V.

(2) Ce n'est certes pas le seul, mais c'est le plus important. Car il ne suffit pas, pour distinguer le droit et la morale, de dire que le droit

Nous nommons source juridique (*Rechtsquelle*) la volonté dont le contenu forme la règle juridique, la volonté d'où elle *découle*. Nous évitons, afin de parer à tout malentendu, d'user de la même expression pour désigner le *moyen* dont se sert la volonté créatrice de droit pour se manifester, c'est-à-dire la procédure extérieurement visible, suivant laquelle s'accomplit la création du droit et qui fournit le moyen de reconnaître cette création. Nous pouvons appeler ce moyen : source de la connaissance (*Erkenntnissquelle*) du droit. En observant strictement la différence qu'il y a entre la source qui crée le droit et la source qui fait reconnaître que le droit est créé, nous éviterons de tomber dans les graves erreurs, auxquelles a conduit dans tous les domaines du droit, mais particulièrement en droit international, la défectuosité de la terminologie, défectuosité dont on s'est souvent plaint (1).

Si le droit est le produit d'une volonté, il en résulte les conséquences certaines suivantes : d'abord, la *doctrine* ne peut pas être une source du droit, vérité qui est encore toujours méconnue précisément par un nombre considérable d'écrivains du droit international. En outre, il est inadmissible qu'on considère la « *conviction juridique* » ou la « *conscience juridique* » comme une source du droit, en particulier du droit international. Nés des idées de l'école dite historique, et utilisés d'abord pour la théorie des sources du droit interne, ces concepts ont été hospitalièrement accueillis dans la doctrine du droit international, en tant que conscience ou conviction juridique internationale ou commune des Etats ou de l'humanité (2), adoption qui n'a été ni heureuse ni nécessaire. On a

détermine seulement ou principalement la conduite extérieure, et la morale seulement ou principalement le sentiment. Je ne peux pas aller plus avant dans cette question.

(1) Comp. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892, p. 542 sq. et, en général, p. 37 sq.

(2) C'est caractéristique surtout chez Savigny, *System des heut. röm. Rechts*, I, Berlin, 1840, p. 83. — V. déjà Warnkönig, *Rechtsphilosophie*, Fribourg, 1839, p. 434 sq. Ensuite, Hälscher, *Eberty's Zeitschrift f. volksthüml. Recht*, I (1844), p. 59 sq. ; Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 60, 61, 64 sq. ; Zachariae, *Deutsches Staats-u. Bundesrecht*, 3e édit., II, Göttingen, 1867, p. 580 ; Oppenheim, *System des Völkerrechts*, 2e édit., Stuttgart et Leipzig, 1866, p. 4, 82 ; Berner, dans le *Bluntschli's u. Brater's Staatswörterbuch*, XI, p. 94, 95 ; v. Bulmerincq, *Völkerrecht*, p. 187 sq. (mais il se contredit lui-même, p. 181, où il dit que les règles du droit international sont sanctionnées par la *volonté* des Etats sous forme de traités et de tra-

récemment, et, me semble-t-il, de façon concluante, démontré comment ces conceptions et d'autres semblables se rattachent étroitement à la théorie du *droit naturel*, qu'on prétendait disparue depuis déjà longtemps (1)

Quelle volonté, nous demandons-nous d'abord, est susceptible d'édicter avec force obligatoire les règles que nous avons définies d'après leur objet comme des règles possibles d'un droit international ? Je remarque d'abord que la réponse, à un certain point de vue, offre moins de difficultés que la réponse à la question correspondante du droit interne. Car *dans le droit interne* la question peut se poser de savoir s'il n'y a dans l Etat qu'une source de droit, la volonté de l'Etat lui-même, ou bien s'il n'y a pas d'autres puissances créatrices de droit, différentes de la première ; et si on répond à cette deuxième question par l'affirmative, on doit immédiatement se demander dans quels rapports se trouvent ces autres puissances avec la source « Etat ». Dans la sphère des relations entre Etats eux-mêmes, un doute de ce genre, de notre point de vue, n'est pas possible. Car si on ne peut concevoir qu'une *volonté* comme source du droit, cette volonté ne peut être ici qu'une *volonté étatique* (*Staatswille*) ou, pour parler plus prudemment, une *volonté d'Etats* (*Wille von Staaten*) (2).

Mais il est dès l'abord évident que cette volonté, qui doit être

dition, et « deviennent » *par là* droit positif ») ; Hartmann, *Institutionen des Völkerrechts*, Hanovre, 1874, p. 129 ; v. Martens-Bergbohm, I, p. 187, 192 ; Rivier, *Lehrbuch*, p. 9, comp. p. 3, 6, 12, 13 ; le même, *Principes*, I, p. 27 (La conscience juridique commune est la source *propre* du droit international, la source des autres prétendues sources, à savoir les traités et les coutumes, qui n'ont d'autre effet que de *dévoiler* cette conscience. Cependant dans les traités qui apparaissent comme « une manifestation directe, propre et originale de la conscience juridique internationale commune », les contractants doivent avoir l'*intention de créer du droit*. *Lehrbuch*, p. 13 ; *Principes*, I, p. 37) ; Schulze, *Preuss. Staatsrecht*, 2e édit., II, Leipzig, 1890, p. 611 sq. ; Affolter, *Der Positivismus in der Rechtswissenschaft*, *Archiv f. öff. Recht.*, XII, p. 41 (ce n'est pas non plus sans contradiction avec lui-même ; il qualifie source du droit international « la *volonté* humaine, conforme aux usages des peuples cultivés », ou « la volonté présumable des Etats civilisés considérée comme puissance unique »). — Contre la conviction juridique internationale, etc., v Holtzendorff, H. H. I, n. 82, p. 1, et p. 83 ; particulièrement Bergbohm, *op. cit.*, p. 490 sq., not. p. 497, n. 24.

(1) Bergbohm, *op. cit.*, p. 480 sq., 521 sq.

(2) Cela a été reconnu aussi pour ce qu'on appelle le droit coutumier international par Heffter-Geffcken, *Völkerrecht*, p. 5.

obligatoire pour une pluralité d'Etats, ne peut pas appartenir à *un* Etat *seulement* Nous avons déjà parlé de cela. La volonté d'un seul Etat ne peut pas être source du droit international. Ni la loi d'un Etat par elle seule, ni des lois concordantes de plusieurs Etats n'ont qualité pour imposer aux membres égaux de la communauté internationale des règles de conduite obligatoires ; de même, la loi d'un Etat, qui en comprend plusieurs en lui-même, — je ne pense qu'à l'Etat fédéral, et non à cette utopie d'un Etat universel — ne pourrait engendrer que du droit *étatique*, non du droit international. Mais si la volonté d'aucun Etat particulier ne peut créer du droit international, on ne peut imaginer qu'une chose, c'est qu'une volonté commune, née de l'union de ces volontés particulières, se trouve capable de remplir cette tâche. Seule peut être source du droit international une *volonté commune* (*Gemeinwille*) de plusieurs ou de nombreux Etats, constituant une unité de volonté (*Willenseinheit*) au moyen d'une *union des volontés* (*Willenseinigung*) (1).

Je réserve provisoirement l'importante question de savoir quelle est la nature interne de cette volonté commune et quel est le fondement de sa force obligatoire. Je me demande d'abord, de quelle manière cette volonté commune peut naître, comment s'accomplit sa formation ; quel est ou quels sont les moyens possibles de son « devenir » ?

Une opinion, qui prédomine depuis l'antiquité, trouve ce moyen dans le « contrat » (*Vertrag*) que les Etats concluent entre eux. Simplement dans un contrat, qui diffère du contrat

(1) La proposition que le droit international consiste en institutions découlant d'une volonté commune est très rarement énoncée sous cette forme. Quand elle l'est (et nous reviendrons là-dessus), on attribue facilement cette volonté commune à une personnalité *particulière*, douée d'une volonté propre, sinon précisément à une *civitas maxima*, du moins à une « communauté » supposée. Du reste l'idée de Grotius que le *jus gentium positivum* ou *voluntarium* tire sa force *ex omnium aut multarum gentium voluntate*, c'est-à-dire d'un *consensus* des Etats (*De jure belli ac pacis*, Prol. 17 ; I, 1, 14, etc ..) a été reprise un nombre incalculable de fois sous la même forme ou sous une forme semblable. V. Wolff, *Jus gentium*, § 25 ; Vattel, Prel., § 29 ; Heffter, *Völkerrecht*, p. 7 ; Renault, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, 1879, p. 33 ; Pradier-Fodéré, *Droit international*, I, p. 67, 78, 99, etc. ; Chretien, *Principes du droit international public*, Paris, 1893, p. 6 sq. ; Leseur, *Introduction a un cours de droit international public*, Paris, 1893, p. 19 sq. ; Phillimore, *International law*, I, p. 38 sq. ; Seebohm, *On international reform*, Londres, 1871, p. 112 sq. — Conf. aussi Pomeroy, *Lectures on international law*, édit. par Woolsey, Boston et New-York, 1886, p. 27 sq.

du droit individuel par la nature de ses sujets et la spécialité de ses dispositions, mais non dans son essence (1). Certes les représentants de cette opinion diffèrent sur certains points beaucoup les uns des autres. Les uns considèrent le contrat seulement comme un moyen de formation du droit international *positif*, auquel ils opposent un droit naturel indépendant de la volonté humaine. Quelques autres voient dans le contrat la *seule* manière dont se forme le droit international ; d'autres font une place, à côté du contrat, à d'autres sources, telle que la coutume, la loi d'Etat, la jurisprudence des tribunaux. Mais un grand nombre d'entre eux considèrent quelques-unes de ces sources particulières, et surtout la coutume, comme un « contrat tacite », un « *tacitum pactum* », auquel ils opposent le contrat au sens étroit qui est une convention expresse (2). Même, ceux des

(1) Je ne cite ici que les écrivains qui voient dans le contrat, en tant que tel, une « source du droit international », sans distinguer certains groupes parmi les contrats internationaux possibles. D'autre part, il est impossible de donner une énumération complète. Je nomme, en dehors des auteurs cités, p. 32 n. 1 (desquels cependant il faut excepter Heffter) Rachel, *De jure naturæ et gentium*, thèse, Kiel, 1676, p. 233 sq., 242, 251, etc... ; J. J. Moser, *Grundsätze des jetzt üblichen europ Völkerrechts in Friedenszeiten*, Francfort, 1763, § 7 sq., 27 sq. ; *Versuch des neuesten europ. Völkerrechts*, I, Francfort, 1777, p. 26 sq., etc ; Neyron, *Principes du droit des gens européen*, Brunswick, 1783, p. 183, etc... ; Günther, *Europ. Völkerrechts in Friedenszeiten*, I, Altenburg, 1787, p.16 sq , 28 sq. ; G.F. v. Martens, *Précis*, § 6, 46, 65, etc... ; Saalfeld. *Grundriss eines Systems des europ. Völkerrechts*, Göttingen, 1809, p. 1 ; *Handbuch des positiven Völkerrechts*, Tübingen, 1883, p. 3 sq.; Schmelzing, *Systemat. Grundriss d prakt. europ. Völkerrechts*, I, Rudolstadt, 1818, p. 14 sq ; Klüber, *Völkerrecht*, § 3 ; Schilling, *Lehrbuch des Naturrechts*, II, Leipzig, 1863, p. 259 ; Trendelenburg, *Naturrecht auf d. Grunde der Ethik*, 2e édit., Leipzig, 1868, p. 582 sq. ; v. Mohl, *Encyklopædie der Staatswissenschaften*, 2e édit., Tübingen, 1872, p. 469 sq. ; Merkel, *Juristische Encyklopædie*, p. 71, 364 ; Brie, *Theorie d. Staatenverbindungen*, Breslau, 1886, p. 39 ; *Zur Lehre von den Staatenverbindungen*, *Zeitschrift f. das Privat-u. öff. Recht*, XI, p. 113 sq. ; Preuss, *Das Völkerrecht im Dienste des Wirthschaftslebens,* Berlin, 1891, p. 32 sq. ; Regelsperger, *op. cit.*, p. 88 sq. ; Stoerk, dans le *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts* de Stengel, II, Fribourg, 1890, p. 517 ; Twiss, I, p. 138 ; Manning. *Commentaries on the law of nations*, 2e édit., par Amos, Londres, 1875, p. 3, 5, 66 sq., 78 sq. ; Maine, *International law*, Londres, 1888, p. 32 sq. ; Wheaton, *Elements*, p. 22 sq. ; Halleck, *international law*, I, p. 50 ; Carnazza Amari, I, p. 54 sq., 118 sq. ; Fiore, *Diritto internazionale*, I, p. 147 sq. ; Pierantoni, *Trattato di diritto internazionale*, I, Rome, 1881, p. 41 sq. ; Calvo, *Droit internat.*, I, p. 143 sq., 159 sq. Ce catalogue peut facilement être augmenté.

(2) Il y a déjà des échos de cela dans Grotius, *Prol.*, § 1. Après lui, Wolff, § 24 ; Vattel, *Prél.*, § 25 ; Günther, *op. cit.*, I, p. 16 sq., 28 sq. (très élégante discussion !) ; Saalfeld, *Handbuch*, p.6 ; Klüber, *op.cit.*, § 3.— V.aussi,

écrivains qui considèrent la *coutume* comme la seule « source » du droit international, ou au moins du droit international positif (1), ne nient point tous qu'un contrat puisse engendrer du droit positif (2). Beaucoup d'entre eux aussi n'aperçoivent dans la coutume rien qu'un pacte tacite ou en reviennent néanmoins à ce pacte (3). Est-ce exact, demandons-nous, qu'un « contrat » crée pour les contractants du droit objectif, que, notamment, un contrat entre Etats crée du droit international objectif ?

La réponse à cette question est rendue d'autant plus difficile que dans la langue courante comme dans le langage technique

v. Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, Leipzig. 1847, p. 109 ; v. Mohl, *op. cit.*, p. 469 ; Rulf dans le *Bruder's Staatslexikon*, V, p. 1004 ; Renault, *op. cit.*, p. 33, 41 ; Laurent, *Droit civil international*, I, Bruxelles et Paris, 1880, p. 11 sq. ; Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e édit., Paris, 1890, Introd. p. 23, 25 sq ; Chrétien, *op. cit.*, p. 7, 9 sq. ; Piédelièvre, *op. cit.* ; Pradier-Fodéré, *op. cit.*, I, p 86, comp. p. 67, 78, 99, etc... ; Phillimore, *Commentaries*, I, p. 38 sq. ; Creasy., *op. cit*, p. 77 sq. ; Halleck, *op. cit.*, I, p. 51 ; Carnazza-Amari, I, p 55 ; Pierantoni, *op. cit.* p. 40 ; Calvo, *op. cit.*, I, p. 143.

(1) Textor, *Synopsis juris gentium*, Bâle, 1680, c. 1, § 17 sq., § 24. (Cependant le droit international contractuel ne serait pas inconcevable ; il le considère seulement comme encore étranger à son époque) ; Bynkershoek, *Quaestiones juris publici*, 1737, *passim* ; Glafey, *Recht der Vernunft*, 3e édit., Francfort et Leipzig, 1746, p. 193 sq. ; Schmalz, *Europ. Völkerrecht*, Berlin, 1817, p. III. 10, 44 ; Ahrens, *Naturrecht*, 6e édit., II, Vienne, 1871, p. 519 ; v.Neumann, *Grundriss d. heut. europ Völkerrechts*, 3e édit , Vienne, 1885. p. 5, 6 sq. ; Geffcken sur Heffter, *Völkerrecht*, p. 5 ; le même, *Das Problem des Völkerrechts*, *Nord u. Süd*, XI. p. 233 sq. ; Triepel, *Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts*, Leipzig, 1894, p. 3 sq. (comme on le verra par la suite, je ne tiens plus pour soutenable le point de vue que j'admettais autrefois) ; Beling, *Exterritorialität*, p. 14 ; Wildman, *Institutes of international law*. I, Londres, 1849, p. 1, etc...

(2) Ce que fait d'ailleurs la majorité d'entre eux, soutenue par les autres. — Comp. not. v. Neumann et Triepel, *op. cit.* ; Gareis, *Institutionen des Völkerrechts*, Giessen, 1888, p. 4 ; Seligmann, *Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge*, Fribourg, 1890, p. 14 sq. ; Beling, *op. cit.*, p. 10 sq. ; Wildmann, *op. cit.*, p. 2. Mais comment cela se concilie-t-il avec ce que dit v.Neumann, p.7, à savoir que des contrats pourraient « préciser, modifier, etc... ce qui est déjà devenu droit » ? De même, Geffcken n'est pas conséquent, quand il explique (*Nord. u. Süd*, XI, p. 237) que les traités, dans lesquels les Etats conviennent expressément de règles internationales pour l'avenir, sont des « facteurs créateurs du droit ». On désirerait au moins voir expliquer dans quelle mesure ces règles doivent être du droit coutumier. Gareis (*op. cit.*, p. 32) n'est pas non plus complètement logique : le contrat est une « source de droit qui n'est ni indépendante ni pure ».

(3) Ainsi, Glafey, *op. cit.* ; Schmalz, *op. cit.*, p. 10. — Comp. aussi Bynkershoek, *Quaestiones juris publici*, II, p. 10 sq.

du droit — y compris le langage des relations diplomatiques et internationales — on entend par le mot « contrat » toute une série d' « accords de volonté », qui présentent entre eux les plus grandes différences. On doit même dire que, tant qu'on n'aura pas reconnu cela, il sera impossible de s'entendre sur cette question si débattue. Tant qu'il sera permis de se faire une idée personnelle du « contrat », les partisans comme les adversaires de l'opinion que le contrat est une source auront raison. C'est surtout à Binding que revient le mérite d'avoir, dans ces derniers temps, vigoureusement condamné l'opinion qu'on se faisait très généralement de la notion de contrat, et d'avoir ouvert la voie, en quelques phrases courtes mais suggestives, à un traitement exact de ce qu'on appelle les accords de volonté (1). Jellinek a immédiatement démontré que ces idées présentaient une importance particulière pour le droit international (2). C'est ce qu'il faut expliquer avec plus de précision dans les pages qui suivent.

## II

Le point d'où l'on doit partir est que la notion de contrat a d'abord été appliquée à certains faits du commerce économique entre individus, et que, par suite, le contrat appartient d'abord et principalement, en tant que concept juridique, au droit qui régit ce commerce, au droit privé. Mais ici il faut s'arrêter. Il faut rechercher en quoi consiste l'essence des contrats, très voisins les uns des autres, de tradition, d'achat, d'échange, de dépôt, de location ; il faut se demander ensuite si les mêmes caractères se retrouvent dans tous les autres cas, auxquels on applique encore la même qualification de contrat, ou s'ils ne se retrouvent que dans les uns et pas dans les autres. Dans le premier cas, la question de savoir si le contrat est susceptible de créer du droit objectif recevrait une réponse affirmative ou négative, suivant que les types ci-dessus mentionnés en seraient ou non capables ; dans l'autre cas, il resterait à rechercher, si cette force n'appartient pas à certains accords qui portent traditionnellement le même nom que les contrats, mais qui en diffèrent par nature.

(1) *Die Gründung des norddeutschen Bundes*, Leipzig, 1889. *Aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid*, p. 69 sq.

(2) *System der subjektiven öff. Rechte*, Fribourg, 1892, p. 195 sq., 299 sq.

Or, la vérité a été longtemps voilée par suite de ce fait, que la notion du contrat privé — je ne parle provisoirement que de celui-là — a été, en doctrine, faussement ou du moins peu exactement définie.

La doctrine dominante voit dans le contrat l'union de deux ou plusieurs personnes dans une *déclaration concordante de volonté* (1), régissant leurs rapports juridiques, ou bien, dans la création, l'abolition, la modification d'un rapport de droit, « conditionnée par leurs *volontés concordantes* » (2). Dans la conclusion du contrat, se manifeste, dit-on, la volonté « *concordante* », « essentiellement concordante » des parties (3) ; il n'y a pas de contrat si les parties n'ont pas « décidément voulu la *même chose* » (4), si elles « n'agissent pas d'accord » (5). Le contrat sert à « réaliser la volonté concordante des parties » (6), il est, ce qui revient au même, « l'*union*, réciproquement déclarée, des volontés de différentes personnes », en vue de fonder, etc. des rapports de droit ; le contrat est conclu quand la « volonté une » des contractants s'est déclarée, avec intention de s'obliger, sur tout ce qui est essentiel (7). Ce qu'il y a de plus caractéristique dans ces définitions, c'est qu'elles attribuent à toutes les parties, quand elles concluent un contrat, une volonté de *même contenu* ; c'est que, d'après elles, le contrat est parfait *par* des déclarations de volonté *de même contenu*. Si cela était exact, en vérité, tout contrat ne serait pas seulement une union de *manifestations de volonté* (8) ; ce serait une véritable *union de volontés* (9). Mais alors, il n'y a plus qu'un pas à faire pour con-

(1) J. A. Seuffert, *Prakt. Pandektenrecht*, I, 4e édit., Würzburg, 1860, p. 88 ; Puchta, *Pandekten*, 9e édit., 1863, § 54 ; Savigny, *System des heut. römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, p. 309 ; *Obligationsrecht*, II, Berlin, 1853, p. 7 ; Ahrens, *Naturrecht*, 6e édit., II, Vienne, 1871, p. 199 ; Kühn, dans les *Ihering's Iahrbüch.*, XVI, p. 1 ; Dernburg, *Pandekten*, I, 5e édit., Berlin, 1896, p. 219.

(2) v. Wächter, *Pandekten*, I, Leipzig, 1880, p. 360 ; Haenel, *Studien*, I, p. 31, comp. p. 33, 38. — V. aussi la définition de quelques Codes, par exemple, Code civil autrichien, § 861, Code civil saxon, § 782.

(3) v. Savigny, *System*, III, p. 6 sq. ; Brinz, *Lehrb. der Pandekten*, IV, 2e édit., Erlangen et Leipzig, 1892, § 569 (p. 295 sq.) ; Kühn, *op. cit.*, p. 40 ; Karlowa, *Rechtsgeschäft*, Berlin, 1877, p. 21 ; Dernburg, *loc. cit.*

(4) v. Savigny, *System*, III, p. 308 ; Regelsperger, *op. cit.*, p. 544.

(5) Puchta, *loc. cit.*

(6) Hartmann, dans les *Ihering's Iahrbüch.*, XX, p. 76.

(7) Arndts, *Lehrbuch der Prandekten*, 14e édit., Stuttgart, 1889, §§ 63, 231.

(8) Karlowa, *op. cit.*, p. 17.

(9) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e édit., I, Francfort, 1891,

sidérer que, par le contrat, les volontés des parties se réunissent en une « volonté une » (1), en une « nouvelle volonté » (2), en une « unité vivante » (3), que la « volonté double » se fond en une « *volonté commune* » (4) ou en une « *volonté globale* » (5), ou enfin pour considérer simplement le contrat comme « *un acte de volonté* » des contractants (6).

Mais il y a sur les contrats dont nous parlons une opinion plus exacte ; d'après cette opinion, la volonté et les déclarations de volonté des personnes qui s'opposent comme contractantes n'ont précisément pas le même contenu (7). Le débiteur veut livrer la chose, le créancier veut la recevoir ; celui qui prend en location la chose ou les services d'un autre veut utiliser dans son propre intérêt la chose ou la force de travail de l'autre, son cocontractant veut mettre à sa disposition sa chose ou ses services ; l'emprunteur *prend* l'argent, le prêteur le lui *fait passer*. Ainsi dans tout contrat, mais seulement dans tout contrat synallagmatique, la volonté d'un des contractants a un contenu précisément *opposé* au contenu de la volonté de l'autre (8), la déclaration de volonté de l'un a toujours un contenu différent et *complémentaire* de celle de l'autre (9).

p. 169 (cependant, à un autre endroit, il ne parle que de « l'accord de deux déclarations de volonté ») ; Hölder, *Pandekten*, Fribourg, 1891, p. 220 ; Kuntze, *Der Gesamtakt*, *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für O. Müller*, Leipzig, 1892, p. 44 ; Regelsperger, *op. cit.*, I, p. 543 ; Gierke, *op. cit.*, I, p. 284. De même, v. Keller, *Pandekten*, 2e édit., par Lewis, I, Leipzig, 1866, p. 150, parle de « l'accord déclaré de plusieurs volontés ».

(1) v. Wächter, *Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts*, II. Stuttgart, 1842, p. 651.

(2) Regelsperger, *op. cit.*, p. 544.

(3) Kuntze, *Lehre v. d. Inhaberpapieren*, Leipzig, 1857, p. 345, etc... ; *Gesamtakt*, p. 66. — V. aussi Regelsperger, *op. cit.*, p. 544.

(4) Kuntze, *Inhaberpapiere*, *loc. cit.*

(5) Beseler, *System des gem. deutsch. Privatrechts*, I, 4e édit. Berlin, 1885, p. 476.

(6) v. Wächter, *Pandekten*, II, p. 355, etc.

(7) *Dans cette mesure*, les remarques pénétrantes de Schlossmann (*Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 87, auquel se rallie Krückmann, *Ueber den Vertragschluss*, thèse, Göttingen, 1892, p. 9 sq.) sont certainement fondées.

(8) Déjà Schott, *Obligatorischer Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873, p. 59, avait exactement indiqué cela : « La volonté doit être, du côté du débiteur, *translative*, du côté du créancier *acquisitive*. » — V. aujourd'hui Binding, *Gründung*, p. 69. Jellinek n'est pas aussi pénétrant (*System*, p. 193, 194) : il nomme aussi le contrat accord de volonté, déclaration concordante de volonté.

(9) Pernice, *Zeitschrift f. d. Privat-u. öff. Recht*, VII, p. 491 : Accord de

Comment ! objectera-t-on et a-t-on objecté (1), la volonté des contractants, dans tous les cas qui sont ici cités en exemples, n'est-elle pas égale, en ce sens que chacun veut, non seulement son propre « avoir », mais aussi, et précisément à cause de cela, le « donner » de l'autre ? Le prêteur ne veut-il donc pas, comme l'emprunteur, que celui-ci reçoive l'argent ? L'acheteur veut-il seulement recevoir la chose et payer le prix, ou ne veut-il pas en même temps que le vendeur donne la chose et reçoive le prix, et inversement ? Ou bien, si on s'en rapporte au vouloir des effets juridiques, l'acheteur ne veut-il pas, *aussi bien* que le vendeur, l'assujettissement de l'autre comme son propre assujettissement, qui est précisément « le prix payé pour l'assujettissement désiré du cocontractant » ? (2). Cette objection touche au point d'où découle tout le malentendu. On oublie que dans notre langue, le mot « volonté » (*Wille*) est appliqué à plusieurs phénomènes psychiques qu'il faut nettement distinguer (3) : plusieurs de ces phénomènes, tous souvent, se trouvent réunis dans toute déclaration de volonté juridiquement relevante, notamment dans tout contrat. Je ne pense pas seulement ici à la différence sur laquelle on insiste beaucoup depuis quelque temps entre la « volonté de déclaration » (*Erklärungswille*) et la « volonté déclarée » (*erklärte*

volonté signifie « que les deux déclarations de volonté sont *de différente sorte*, et doivent se *compléter réciproquement*, comme dans le monde physique, *offrir* et *saisir*, *charger* et *se charger* se correspondent l'un l'autre ». Pernice se trompe seulement quand il soutient qu'on doit désigner ceci sous les figures traditionnellement employées : « accord de volonté » et autres semblables. Du moins, est-ce dit d'une façon très obscure.

(1) Rehm, *Krit. Vierteljahrsschrift*, XXXIII, p. 379 ; Brockhausen, *Vereinigung und Trennung von Gemeinden*, Vienne, 1893, p. 65.

(2) Ainsi Regelsperger, *Pandekten*, I, p. 544.

(3) Les multiples significations du mot « vouloir » (*Wollen*) ont conduit, comme on sait, à tout autant d'erreurs et de malentendus dans la science. Mais ici comme en d'autres occasions, l'usage est si obstiné, qu'à mon avis il est impossible aux juristes de le modifier. Il n'est certainement pas superflu de définir la notion exacte de « vouloir » ; mais ce serait se donner une peine inutile que de vouloir empêcher l'usage du mot partout où malgré tout il se trouve encore communément employé. Il importe moins de limiter l'application du mot à ce qui mérite seulement, au sens psychologique, le nom de « volonté », que de montrer en particulier dans laquelle de ses multiples significations le mot est employé ici ou là. Ceci me paraît indispensable si on veut traiter, d'une façon fructueuse, de l' « opération juridique » (*Rechtsgeschäft*) ; c'est pourquoi j'estime injustifiée la polémique de Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1888, p. 5 sq., 169, contre Zitelmann et ses partisans.

*Wille*) (1), mais à ceci aussi que même ce qui est révélé par la déclaration comme volonté contient différentes sortes de « vouloir ». Il est plus facile de distinguer les unes des autres ces différentes sortes de « vouloir » que de donner à chacune d'entre elles un nom approprié. Les propositions qu'on a faites à ce point de vue présentent presque toutes ce défaut irrémissible, que les mots comme « intention », « décision », « souhait », « désir », sont loin de n'avoir, eux aussi, qu'une seule signification (2). Et, à cause de cela, il n'est pas moins important et nécessaire de distinguer. Je prends comme exemple la donation, le contrat de donation, par lequel une prestation est *promise* à titre de don. Quel contenu a la volonté du donateur, manifestée par la déclaration de donation ? Cette volonté vise d'abord un acte *propre* et ici futur de celui qui la déclare : à savoir, la prestation promise ; la déclaration de volonté est la publication d'une volonté qui, d'après la représentation que s'en fait le déclarant — en supposant toujours que la promesse soit sérieuse — doit se réaliser dans l'avenir, par un acte propre

(1) V. en particulier Hölder, *Krit. Vierteljahrsschrift*, XVIII, p. 176 sq. ; Schlossmann, *op. cit.*, p. 135 sq. ; Schall, *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft*, Stuttgart, 1877, p 11 sq. ; Windscheid, *Wille und Willenserklärung*, Leipzig, *Dekanatsprogramm*, 1878, p. 7 sq ; Kohler, *Ihering's Jahrb.*, XVI, p. 335 sq ; Zitelmann, *Irrthum und Reschtsgeschäft*, Leipzig, 1879 p. 243.

(2) Dans ces derniers temps, on a souvent traité, parmi les juristes, des différentes significations du mot « volonté » (V déjà J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, II, Iena et Leipzig, 1797, p. 1 sq.). Les auteurs suivants doivent être particulièrement notes : Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, II, Leipzig, 1877, p 104 sq ; Schlossmann, *op. cit.*, p. 135 sq. ; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 359, n. 66 ; Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, p.34 sq, 69, 117 sq., 181 sq., 199 sq. etc... ; Lammasch, *Zeitschrift f. d. Privat-u öff. Recht.*,IX,p.221, sq. ; Leonhard, *Irrthum bei nichtigen Verträgen*, I, Berlin, 1882, p 101 sq ; Ihering, *Geist des röm. Rechts*, II, 2, 4e édit , Leipzig, 1883, p. 495 ; Ehrenzweig, *Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit*, Vienne, 1889, p. 18 sq. ; Bekker, *System des heut. Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, p. 12 sq. ; Franck, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, *Zeitsch. f. d. ges Strafrechtswiss.*, X, p. 199 sq ; plus brièvement, Bünger, *id.*, III, p. 309 ; en outre, Träger, *Wille, Determinismus, Strafe*, Berlin, 1895, p. 27, sq. ; Regelsperger, *Pandekten* , I, p. 557, n. 3. Indications dans Bruns, *Kleinere Schriften*, II, Weimar, 1882, p. 476 sq. — D'autre part, on confond souvent, avec la plus complète absence de critique, les différentes sortes de volontés ; comp. p. ex. Schall, *op. cit*, p. 11 sq. ; il distingue très justement néanmoins la volonté de déclarer sa volonté (*voluntas*) et la « décision » manifestée par cette déclaration (*consilium*) : il appelle ce *consilium* « décision que quelque chose doive arriver », et par là il comprend aussi bien la volonté de *donner* un chose à un autre, que la volonté « d'*avoir* une chose ».

du déclarant. La déclaration de volonté est la déclaration d'un « *projet* », d'un « *vouloir faire* », plus généralement, d'un « *vouloir se conduire* » (*sich Verhaltenwollen*) (1). Mais le donateur ne manifeste pas seulement *cette* volonté. Il donne en même temps à entendre à celui qui reçoit la déclaration, qu'il « veut » ou « désire » qu'une modification se produise dans le monde extérieur comme conséquence de son acte futur, à savoir : que le bien à donner passe de son patrimoine dans celui du donataire. La déclaration de volonté est alors la déclaration de vouloir un événement, un résultat, elle est déclarative d'un « *vouloir que quelque chose se produise* » (*Geschehenwissenwollen*) (2). L'événement que le déclarant déclare vouloir peut être simple ou compliqué suivant la situation de la chose et suivant ce que comporte le cercle de représentation du déclarant (3). Il peut simplement consister en la modification économique ou sociale, ou, d'une façon générale, en la modification de fait, que le déclarant se propose comme résultat de sa prestation. Il peut consister aussi en la modification de rapports *juridiques*, en la création ou en l'extinction de droits et devoirs, qui se rattachent, conformément au droit, à la déclaration elle-même ou à un acte futur du déclarant ou de son cocontractant, et que le déclarant « veut » (4). Dans la déclaration de volonté dont se compose un contrat synallagmatique, l'événement futur, que « veut » chacun des contractants, sera, en premier lieu, un acte du partenaire. Le vendeur ne déclare pas seulement qu'il veut que la chose qu'il doit livrer passe dans le patrimoine de l'acheteur ; il déclare aussi qu'il « veut » en conséquence que l'acheteur lui paie le prix. Toujours et dans toute déclaration de volonté, il ne s'agit pas seulement d'une déclaration de « vouloir se conduire » ; il s'agit en même temps d'une déclaration de vouloir certains événements, qui ne consistent *pas* en l'acte auquel se trouve immédiatement conduit le déclarant par sa propre déclaration de volonté.

(1) Ces expressions sont meilleures que « intention » ou « décision ».

(2) Cela n'est pas plus élégant, mais c'est plus clair que « désir » ou « tendance ».

(3) V. sur ce point particulièrement Leonhard, *loc. cit.*

(4) Je peux laisser de côté ici la fameuse question si discutée, de savoir si l'opération juridique exige seulement la volonté d'un « résultat économique » ou bien si elle exige en même temps la volonté d'un « effet de droit ».

Je n'ai intentionnellement pris jusqu'ici que des exemples, dans lesquels il s'agit, de la part du déclarant, d'une *promesse*, c'est-à-dire d'une déclaration de volonté, au sens d'une « *intention* » (*Absicht*), qui doit se réaliser par un acte personnel futur. Mais on sait qu'un contrat n'est pas seulement une promesse synallagmatique. Pour conserver l'exemple de la donation, le donateur, au lieu de promettre de donner plus tard, peut immédiatement accomplir la prestation. Par exemple, il livre de suite, en pleine propriété, la chose à donner. En ce cas, il n'y a pas déclaration de vouloir un acte futur ; l'acte voulu est immédiatement exécuté. La « prestation » consiste en la déclaration de volonté, et coexiste avec elle. Dans la promesse, la « volonté de déclaration » et la volonté déclarée, *dans la mesure* où celle-ci est le vouloir d'un acte personnel, sont séparées l'une de l'autre ; ici, elles coïncident. La volonté de déclarer est *en même temps* volonté de prester. Volonté de déclaration et « volonté de faire » ne sont pas distinctes ; déclaration et action sont une seule et même chose. Mais, dans la volonté de déclaration, la volonté déclarée ne se réduit pas à « la volonté d'un événement » (1). Celui qui livre ne veut pas seulement livrer, il veut

(1) Windscheid, *Wille und Willenserklarung*, p. 7 sq. dit : « Le mouvement de volonté dévoilé, livré au monde extérieur... c'est là la déclaration de volonté. La déclaration de volonté est aussi la *communication* d'une volonté existante, non seulement d'une volonté *séparée de la déclaration de volonté*, mais d'une volonté *contenue en elle*. Elle est donc plus qu'une communication de la volonté ; elle est l'*expression* de la volonté. Elle *est* la volonté, revêtue d'une forme qui tombe sous les sens. Dans la déclaration de volonté, *se réalisent non seulement* la volonté qui a pour but de poser des signes extérieurement perceptibles, mais *en même temps la volonté qui se propose de produire des effets juridiques*. D'abord, il est vrai, se réalise la volonté qui se propose d'établir des indices extérieurement perceptibles ; mais celui qui réalise cette volonté sait que le système juridique attribue aux indices ainsi établis des conséquences déterminées, et, par là, il *réalise* aussi la volonté qui se propose comme but ces conséquences ». — Il y a ici deux fautes liées l'une à l'autre. D'abord, la volonté qui a pour but de produire des effets juridiques ne peut être « réalisée » ni par le déclarant ni par sa déclaration « de volonté ». La déclaration de *cette* volonté n'est précisément *que* la communication de la volonté. En outre, la proposition d'après laquelle la déclaration de volonté n'est pas seulement communication d'une volonté, mais est en même temps *expression* de la volonté, convient bien aux déclarations de volonté de la nature de celles dont je viens immédiatement de parler, mais elle ne convient pas à toutes les déclarations de volonté ; elle ne convient pas aux promesses. On voit clairement ici, combien il est nécessaire d'analyser rigoureusement le « vouloir ». Conf. aussi Ehrenzweig, *op. cit.*, p. 24, n. 9.

aussi que celui qui reçoit reçoive la chose et devienne propriétaire. En résumé donc, tout contrat consiste en plusieurs déclarations de volonté, dont chacune manifeste aussi bien la volonté de vouloir faire personnellement un acte (qu'il s'agisse d'un acte déjà réalisé par la déclaration ou d'un acte qui devra être exécuté dans l'avenir) que la volonté que quelque chose arrive (*Geschehenwollen*).

Comment en va-t-il maintenant de « l'accord de volonté » des parties contractantes ? La volonté des deux parties est-elle réellement dirigée vers le même objet ? Non et oui. La volonté des deux parties a indubitablement un *contenu différent*, dans la mesure où il s'agit de leur *dessein* ou de leurs *actes*. L'acheteur promet de payer l'argent ; le vendeur de livrer la chose : celui qui fait une donation livre, le gratifié reçoit. Par suite, consistent en *actes de nature différente*, non seulement la conclusion du contrat, mais nécessairement aussi l'*exécution* du contrat, si les deux contractants sont tenus à une prestation (1), de même que l'*exercice* des droits naissant du contrat, si les deux contractants en acquièrent. Dans la mesure par contre où il s'agit de vouloir un *événement* futur, il faut distinguer entre la *volonté* qui vise la *conduite du partenaire* et la *volonté* qui vise le *résultat* économique ou juridique, que se proposent directement ou indirectement les contractants.

En effet, le donateur qui livre la chose « veut » que l'autre la prenne, le déposant veut que son cocontractant accepte et conserve la chose, l'acheteur veut que le vendeur lui livre la chose. Le donataire, le dépositaire, le vendeur « veulent » la même chose. Mais ce qui est dans la représentation des premiers un événement extérieur, qui ne doit pas être directement produit par eux-mêmes, est précisément considéré, du point de vue des autres, comme un acte personnel. Ce que les premiers veulent voir *se produire*, les seconds veulent le *faire*. Le paiement du prix d'achat, que veut certes le vendeur aussi bien que l'acheteur, le premier le « *désire* » en tant qu'acte *d'autrui*, le second l'*envisage* en tant qu'acte *personnel*. De ce point de vue donc, ce que « veulent » les deux parties n'est pas pareil.

Il en est autrement du résultat extérieur, économique ou juri-

(1) Binding, *op. cit.*, p. 69. — Si un seul seulement est tenu d'agir, ses actes sont de telle sorte que l'autre, d'après la consistance du contrat, ne *pouvait pas* les exécuter.

dique, qu' « envisagent » le vendeur et l'acheteur. Ce résultat de leur contrat, ce « *but* » pour lequel ils agissent ou veulent agir, est le même. Il est également reçu dans la volonté des deux. Il est le « *idem placitum* » que vise le « consentement » des parties (1). Néanmoins, ce résultat ne *signifie pas la même chose* pour les parties. C'est la caractéristique du contrat, d'être le moyen de satisfaire des *intérêts différents*, *opposés l'un à l'autre*, mais *correspondants* (2). Le résultat économique ou juridique vers lequel tendent les deux parties, a le pouvoir de satisfaire en même temps des besoins opposés (3). L'emprunteur et le prêteur *veulent* que la chose, sur laquelle est conclu un commodat, soit temporairement utilisée par l'emprunteur ; mais cette *utilisation* elle-même est l'intérêt propre de l'emprunteur, tandis que l'intérêt du prêteur se satisfait en *livrant* la chose à utiliser. On peut donc aussi dire : le but réel extérieur, en vue duquel agisssent les contractants, est le même pour les deux, mais le but interne psychique, en vue duquel se produisent les actes, à savoir la suppression d'un déplaisir (4), est différent et contraire chez les deux. Le but extérieur est, pour tous deux, un déplacement de puissance ; mais pour l'un c'est un élargissement de puissance, pour l'autre c'est une perte de puissance, qui constitue le besoin interne, et c'est précisément de la perte de puissance de l'un que cherche à s'agrandir la puissance de l'autre. Le trait caractéristique du contrat n'est donc pas, comme on le dit habituellement, que les volontés des contractants aient *au début* seulement un contenu différent, leurs intérêts se posant d'abord en adversaires, et se rapprochant ensuite peu à peu jusqu'à se rencontrer en un point d'union (5).

(1) L. 1, § 2, D. *de pactis*, 2, 14. — Comp. Schott, *op. cit.*, p. 38 sq. ; Karlowa, *op. cit.*, p. 17 ; Zitelmann, *op. cit.*, p. 270 sq. (le consentement dans le contrat, signifie une « intention » juridique identique, — ce qui, d'après Zitelmann constitue le vouloir du résultat, chaque partie d'ailleurs ne voulant que sa propre action).

(2) Ulpien, § 3 du fragment cité, dit avec raison des contractants qu'ils « *ex diversis animi motibus in unum consentiunt* ». Exacts, Schott, *op. cit.* p. 138 ; Jellinek, *op. cit.*, p. 194.

(3) Ce résultat, comme le dit Zitelmann, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches*, I, Berlin, 1889, p. 120, touche à la sphère juridique de l'un et de l'autre des contractants d'une manière opposée. — C'est exactement le contraire que soutient Brockhausen, *op. cit.*, p. 71.

(4) Comp. sur la différence entre le but externe et le but interne, Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, p. 134 sq.

(5) Comp. Bechmann, *Der Kauf nach gem. Recht*, II, 1, Erlangen, 1884,

La caractéristique du contrat réside plutôt en ceci, qu'il peut satisfaire, d'une façon durable, des intérêts opposés mais correspondants. Ce qui constitue l'essence du contrat, ce n'est pas que deux oppositions soient par lui *rapprochées*, c'est que deux personnes se rencontrent en lui, dont les besoins sont opposés de telle sorte, que précisément ce que l'un veut *avoir*, l'autre veut le *donner*. Ainsi le *contrat* est l'*accord de plusieurs personnes* dont les intérêts diffèrent mais correspondent, pour des déclarations de volonté, *de contenu opposé, mais visant un même but extérieur* (1).

Mais il résulte nécessairement de ceci qu'une *volonté commune* ne peut pas être formée par un accord de volontés de cette sorte. Quoi qu'on pense, en effet, de la possibilité de se représenter une volonté « générale », une volonté collective, etc..., encore est-il certain que cette volonté ne peut être conçue que comme une fusion de volontés dont le contenu est complètement semblable. Le contrat, au sens que nous venons de définir, est donc

p. 287 : « Tout contrat est l'union de deux volontés indépendantes, qui, parties chacune d'un point opposé, se rapprochent l'une de l'autre et finalement se rencontrent en un seul point. » V. aussi, *id*, p. 106 : « Acheteurs et vendeurs se font face avec des intérêts opposés ; chacun veut donner à l'affaire un contenu qui lui soit particulièrement avantageux. Si les parties trouvent le point où ces *oppositions disparaissent*, l'achat s'accomplit ; au cas contraire il ne s'accomplit pas. » Comp. Ehrenzweig, *op. cit.*, p. 27, 32 ; Regelsperger, *op. cit.*, p. 544. Mais précisément l'opposition des intérêts ne disparaît pas ; les parties cherchent seulement le point où un seul et même fait satisfait aux *deux* intérêts. C'est aussi le double sens de l'expression « intérêt », qui conduit ici facilement à des erreurs. L'intérêt au sens subjectif, c'est « le sentiment que notre existence est conditionnée par quelque chose en dehors de nous : personnes, choses, états, faits », au sens objectif, « c'est la chose par quoi est conditionnée notre existence » (Ihering, *Der Besitzwille*, Iena, 1889, p. 25, n. 1. Comp. Binding, *Normen*, I, 2e édit., Leipzig, 1891, p. 356 sq. : il acquiesce à la définition de Ihering, en considérant l'intérêt comme le *jugement* du sujet sur la valeur de la chose. L'intérêt au sens subjectif, n'est pas seulement un désir ; en ce sens, Leonhard, *op. cit.*, I, p. 113, 4, 3 ; Regelsperger, *op. cit.*, I, p. 76). Le résultat qui doit ressortir de la conclusion du contrat présente certainement pour les deux contractants le même « intérêt » au point de vue objectif ; mais l'intérêt subjectif que leur offre ce résultat n'est pas le même. V. aussi, L. 38, § 17, de V. O. 45, 1 : *inventæ sunt enim hujusmodi obligationes (scil. stipulatio) ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest* ».

(1) Binding, *Gründung*, p. 69 : « Le contrat est une opération juridique, formée d'actes de contenu différent, émanant de sujets différents, visant le même but et se complétant nécessairement l'un l'autre. »

incapable d'engendrer une volonté commune (1), incapable, par suite, d'engendrer du droit quand celui-ci suppose comme source une volonté commune (2).

III

C'est là un résultat de la plus grande importance pour le *droit international*. Indubitablement, une partie considérable de tous les « accords de volonté », que concluent les Etats, par suite des relations qu'ils entretiennent entre eux, est analogue aux contrats du droit privé dont nous venons de parler, malgré toute la diversité des sujets contractants et de leurs intérêts Ces accords ne devraient donc pas plus que ces contrats être définis des « déclarations de volonté concordantes », ou des « accords de volontés » (3). Des traités au sujet d'une cession de territoire, de l'emplacement de troupes de secours, d'une prestation de subsides, du passage et du logement de soldats, de la limitation du théâtre de la guerre, de l'échange de prisonniers, de la reddition de forteresses, etc... et notamment tous les traités dont le type ressemble à celui des contrats économiques des personnes privées, comme le prêt, etc..., consistent en déclarations de contenu *différent*, sont destinés, comme les contrats des relations privées, à satisfaire à des intérêts *opposés*. Les traités internationaux de cette sorte sont, par suite, aussi incapables d'engendrer une volonté commune et, par là, de réaliser la condition préalable nécessaire à la formation d'une *règle juridique* pour les Etats, qu'il est impossible aux contrats privés d'engendrer du droit objectif (4).

Au surplus, ce n'est pas d'aujourd'hui seulement qu'on recon-

(1) Binding, *loc. cit.* ; Jellinek, *op. cit.*, p. 194.

(2) V. notamment Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, 1828, p. 156 sq. ; Wilda, dans le *Weiske's Rechtslexikon*, I, p 549.

(3) Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat, 1877, p. 77 ; Hagens, *Staat, Recht u. Völkerrecht*, München, 1890, p. 49 ; Nippold, *Völkerrechtl. Vertrag*, p. 33, etc.

(4) C'est Nippold, dans l'ouvrage que nous avons maintes fois mentionné, qui a fait la dernière tentative pour démontrer qu'il est possible d'une façon générale aux *traités internationaux* d'engendrer du droit international. Son argumentation (p.33 sq.) est la suivante. Un droit objectif et en particulier le droit objectif international, demande-t-il, peut-il être créé par contrat ? On ne peut trouver aucune raison, pour quoi on devrait répondre par la négative. La négative ne repose que sur une manière de voir, propre au droit privé, inadmissible ici. Le contrat est un accord des volontés de plusieurs contractants également capables, que ce soient desindividus ou

naît cette proposition. On devait être conduit par là à ébranler le vieux dogme, d'après lequel le contrat est un moyen de formation du droit international. Le premier pas qu'on a fait dans cette voie n'a pas consisté à jeter par dessus bord d'une façon générale le contrat en tant que « source du droit international », mais à distinguer parmi les contrats ceux qui sont susceptibles d'être une source et ceux qui en sont incapables. Bergbohm surtout, dans son excellent ouvrage sur les sources du droit international (1), a distingué entre les traités, qui constituent des *opérations juridiques*, qui sont des « actes de volonté des Etats, se manifestant dans les possibilités permises par le droit objectif, supposé existant », qui « établissent ou abrogent des droits subjectifs des Etats » (2) et dans lesquels ne se trouve pas l'*intention* de reconnaître une règle du droit international, et les traités qui « contiennent des *règles juridiques*, des règles abstraites, que les Etats conviennent expressément de reconnaître comme *normes* communes de leurs actes dans l'avenir ». Dans le premier cas, les Etats seraient des *sujets de droit*, dans le second, des *facteurs créateurs de droit* (3). La

des Etats. Par suite, le contrat est un concept juridique général ; il est le même dans toutes les branches du droit. Mais cependant tout contrat, c'est-à-dire le contrat dans chaque branche du droit, a sa nature particulière, ses « qualités autorisées », le contrat du droit international comme le contrat du droit privé. Or, c'est une des particularités du contrat du droit international que de pouvoir être une source du droit, tandis que c'est impossible au contrat privé. Démonstration en vérité décisive ! Nippold continue de même, p. 35 : la norme ne peut émaner que de l'Etat, le contrat privé n'est conclu que par des personnes privées ; norme et contrat doivent donc, du « point de vue du droit privé », émaner de sujets différents. Il en est tout autrement du contrat du droit international : « Il est conclu par les *autorités mêmes qui créent le droit*, et quand ces autorités *veulent établir en commun, sous forme de traités, les normes* par lesquelles elles s'obligent elles-mêmes, on ne peut véritablement pas apercevoir pourquoi cela ne serait pas possible. »

(1) *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat, 1877, p. 77 sq.

(2) P. 79. Il cite comme exemples les traités de paix ou d'alliances, les traités relatifs aux successions, aux servitudes internationales, aux modifications de territoires et à tous les biens économiques.

(3) P. 81. Comme exemples de cette deuxième catégorie, il cite, entre autres, les conventions relatives au droit de la guerre, aux droits et devoirs des neutres, à l'extradition des délinquants, à la protection internationale du droit d'auteur, les dispositions du Congrès de Vienne sur la liberté de navigation et le rang des agents diplomatiques, la déclaration de Paris de 1856 sur le droit maritime, la convention de Genève de 1866 et la convention de Saint-Pétersbourg de 1868 (p. 81, 92 sq.).

différence, d'après Bergbohm, réside dans le *but* que les Etats contractants visent en concluant le traité ; suivant que leur intention est ou non de créer une règle de droit, le *contenu* du traité sera une règle de droit ou quelque autre chose (1). Ces explications, qui ont été adoptées par d'autres, souvent avec des modifications hélas ! peu heureuses (2), sont certainement exactes dans leur résultat, ainsi que nous le verrons (3). Cependant, leur fondement ne me paraît pas suffisant. Comment se fait-il que parmi les traités internationaux, quelques-uns aient le contenu d'une opération juridique, les autres un contenu normatif? Réponse : parce que les contractants le veulent ainsi. Tout est-il dit par là ? Peut-on démontrer, dans tous les cas du

(1) P. 78 ; comp. p. 81, etc...

(2) V. Martens-Bergbohm, I, p. 189, adopte évidemment les mêmes idées, mais il les exprime peu clairement. Jellinek, *Rechtl. Natur der Staasverträge*, Vienne, 1880, p. 65, est bref. v. Holtzendorff, dans H. H. I, p. 98, 106, va plus avant : il distingue entre les traités normatifs et les traités qui constituent une opération juridique, mais, d'une façon inconséquente, il considère certains traités *à la fois* comme opérations juridiques *et* comme sources de droit, ainsi les traités de paix et ceux relatifs aux frontières (p. 102, 104), sur quoi se greffe le faux point de vue, qui est donné comme décisif, et d'après lequel il faut examiner si le traité ne touche et ne lie juridiquement que les contractants, ou bien s'il touche et lie aussi des Etats tiers (p. 109). Il y a encore d'autres contradictions, par exemple, p. 106, les opérations juridiques sont représentées comme créant des droits. Se rattachent à Bergbohm, directement ou indirectement : Renault, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, 1879, p. 33 sq., not. p. 36 ; Pradier-Fodéré, I, p. 82 sq. (cependant, il fait en fin de compte naître le droit international de tous les traités) ; Chauveau, *Droit des gens*, introduction, Paris, 1891, p. 70 sq. ; Leseur, *Introduction à un cours de droit international public*, Paris, 1893. p. 31 sq ; Piedelièvre, *Précis*, I, p. 25 sq. ; Despagnet, *Cours de dorit international public*, Paris, 1894, p. 62 sq. Il est frappant que plusieurs des écrivains français ci-dessus nommés veulent trouver la différence entre les traités, en ce que les traités-opérations juridiques constituent une « liquidation du passé », et les traités créateurs de droit regardent vers l'avenir ; ainsi, Renault, p. 36 ; Pradier-Fodéré, p. 82 sq. ; Chauveau, p. 75, 76 ; Despagnet, *loc. cit.* ; comp aussi Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2ᵉ édit., Paris, 1890, introd., p. 28 sq. C'est naturellement faux, car les opérations juridiques doivent aussi produire des effets dans l'avenir. Peut-être cette idée repose-t-elle sur un passage mal compris de Bergbohm, p. 81, où il parle de la *Vereinbarung* comme d'une « norme *pour l'avenir* », mais certainement sans vouloir par là établir une différence avec l'opération juridique. Eichelmann, *Zeitschrift f. d. ges. Staatswissensch.*, XXXIII. p. 569, et Nippold, *op. cit.*, p. 43, n'ont évidemment pas compris la discussion de Bergbohm.

(3) Je ne veux pas dire par là que j'acquiesce pour le reste à la construction du droit international de Bergbohm ; v. ci-dessous, p. 75 n. 2 et p. 78 n. 1.

second groupe, que les Etats ont voulu créer une règle juridique ? Je pense qu'on n'obtiendrait d'eux que très rarement une réponse satisfaisante, si on le leur demandait. Et quand on dit que les traités-opérations juridiques établissent ou annulent des droits subjectifs, indique-t-on par là la différence exacte d'avec les « traités » de la seconde catégorie ? Les règles juridiques ne sont-elles pas aussi destinées à établir des droits et des devoirs subjectifs ? Bergbohm est sur la bonne voie, quand il s'en tient, pour la distinction, à la volonté des Etats. Mais on ne doit pas se demander si les Etats veulent ou non reconnaître ou déclarer un *principe juridique* ; on doit se demander si, en considérant *objectivement* les choses et d'après la *consistance* de leurs *déclarations de volonté*, une règle juridique *peut* ou *doit* naître de ces déclarations. Certes, Bergbohm établit, comme nous le verrons, et avec juste raison, le *fait* qu'une partie des traités internationaux a le caractère d'une opération juridique, et qu'une autre partie a le caractère normatif, mais il n'explique pas *pourquoi* cette partie là ne peut revêtir que ce caractère là, pourquoi cette partie-ci ne peut revêtir que ce caractère-ci. Cette difficulté doit se résoudre, si je ne me trompe, en reconnaissant que les « traités », d'où peuvent naître des règles juridiques, *ne sont pas de véritables contrats*. C'est ce qu'a bien senti Bergbohm ; il refuse aux « traités » dans lesquels les Etats sont des facteurs créateurs du droit, la « qualité de véritables contrats » (1). Pourtant il a défini *tous* les traités « des déclarations concordantes de volonté de deux ou plusieurs Etats » (2), et il a distingué ces catégories de traités *seulement* d'après leur résultat, non point d'après leur *essence*. Mais si les accords, qu'on désigne traditionnellement du nom de traités, peuvent créer du droit objectif, ils doivent *essentiellement* différer des contrats dont nous avons parlé jusqu'à maintenant ; car ces derniers sont, *par nature*, incapables de créer du *droit*, ainsi que nous venons de le démontrer abondamment.

Je formule donc la question de la façon suivante : existe-t-il, *à côté* du véritable contrat, une catégorie d'accords de plusieurs volontés, qui soit susceptible de produire, ce que le contrat s'est démontré incapable de produire : une fusion de volontés ayant un contenu semblable en *une seule* ?

(1) P. 88.
(2) V. ci-dessus, p. 45, n. 3.

Nous avons de bonnes raisons de chercher encore ici la réponse sur le sol plus solide du droit interne.

IV

Dans son ouvrage, que nous avons souvent mentionné, sur la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord, Binding oppose au contrat, comme second type d'accord de volonté, la *Vereinbarung* (1). Je m'approprie l'expression, mais non sans répugnance. Certes, on a volontiers employé ce mot, auparavant, pour certains accords de volonté, qui ne sont point des contrats, mais à l'inverse l'usage applique cette expression de *Vereinbarung*, pêle-mêle avec toute une série de mots semblables (2), au fait de la conclusion des contrats. Cependant, on a proposé (3) de faire du mot *Vereinbarung* une expression technique, et il semble que cette proposition soit en voie de se réaliser. Qu'est-ce donc que la *Vereinbarung* ? Binding la définit : *fusion de volontés différentes, ayant un même contenu* ; comme exemples, il donne le jugement d'un tribunal collégial, la décision d'une Chambre, l'acceptation d'une décision du Parlement par le gouvernement, la fixation en commun d'une règle juridique par plusieurs titulaires du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire, et notamment, la *Vereinbarung* sur la constitution d'un Etat *qu'on veut fonder* (4). Comme on le voit, ces cas sont tous pris dans le

(1) p. 69, 70.

(2) Par exemple : *Uebereinkunft*, *Uebereinkommen*, *Abkommen*, *Einigung*, *Abrede*, *Verabredung*, *Beredung*, *Abmachung*, *Verständigung*. — Je me suis vainement efforcé de remplacer *Vereinbarung* par une expression moins amphibologique.

(3) Jellinek, *System*, p. 193 sq., 299 ; conf. Brockhausen, *Vereinigung und Trennung von Gemeinden*, Vienne, 1893, p. 53 sq., 64 ; Menzel, *Die Arbeiterversicherung nach österr. Rechte*, Leipzig, 1893, p. 115 ; Ofner, *Archiv f. öff. Recht*, X, p. 62 sq. (Cependant, ces trois derniers écrivains préfèrent l'expression *Gesamtakt* créée par Kuntze. Il y a là une confusion de deux concepts ; v. ci-dessous p. 58 sq.) Comp. en outre, O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, I, 1895, p. 137, n. 3 ; II, 1896, p. 431, n. 16.

(4) Je ne peux pas entrer ici dans l'examen de la question, posée à nouveau par Binding, du caractère juridique des événements, dont l'ensemble constitue la « fondation » de la Confédération de l'Allemagne du Nord. J'y reviendrai en détail plus tard (v. ci-dessous, p. 67 n. 13, et § 7, III. — Comp. parmi les auteurs les plus récents, Hänel, *Deutsches Staasrecht*, I, p. 14 sq. ; Zorn, *Staatsrecht des deut. Reichs*, 2e édit., I, p. 17 sq. ; Laband, *Staatsrecht des deut. Reichs*, 3e édit., I, p. 16 sq. ; G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 4e édit., p. 158 sq. ; v. Seydel, *Kommentar zur deutsch.*

cercle du droit public. Jellinek, en modifiant légèrement le concept défini par Binding (« formation, par plusieurs actes de volonté individuels, d'une *déclaration de volonté* une, juridiquement relevante »), a ajouté de nouveaux exemples, tirés de la même branche du droit (1), ainsi que du droit privé (2) ; Kuntze a ajouté des exemples pris dans toutes les branches du droit (3) ; Menzel a pris spécialement les siens dans le droit autrichien des assurances ouvrières (4). Je ne me propose pas, dans ce qui suit — cela dépasserait les limites de ce travail — de dresser une liste absolument complète : je voudrais tout au plus l'allonger quelque peu. Ce que nous avons cité suffit pour connaître d'une façon générale quels éléments doit comprendre le nouveau concept juridique, et pour voir aussi qu'ils sont, entre eux, de nature très différente. Il faut donc serrer encore d'un peu plus près le concept, et — ce qui ne peut être fait qu'à grands traits — coordonner son domaine d'application (5).

*Reichsverfassung*, 2e édit. p. 13 sq. : Bornhak, *Archiv f. öff. Recht*, VII, p. 329 sq.). Il me paraît certain que *l'établissement* de la constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, constitue une *Vereinbarung* des gouvernements de l'Allemagne du Nord, tant entre eux, qu'avec le *Reichstag* dit constituant ; il me paraît douteux, par contre, que la constitution tire sa force de cette *dernière Vereinbarung*.

(1) Tout acte de volonté, émané d'une autorité, et qui a besoin, pour être parfait, de l'approbation d'une autre autorité ; accords entre communes en vue de fusionner, ou de former des unions pour les routes, les écoles ou toutes autres unions administratives, ou en vue d'instituer des tribunaux industriels ou d'organiser en commun une assurance contre la maladie ; accords entre les caisses locales de maladie en vue de créer des associations de caisses ; conventions d'unions des sociétés professionnelles, institution volontaire de sociétés professionnelles en vue d'une assurance contre les accidents (*op. cit.*, p. 194, 195).

(2) *Vereinbarung* pour la constitution des corporations, décisions de leurs organes collégiaux, décisions des « unions de majorité » (*Majoritätsverbände*), actes de volonté faits en commun par des personnes qui ont entre elles des rapports « de main commune » (membres de sociétés de commerce, copropriétaires, cotuteurs, parents, membres du conseil de famille), *op. cit.*, p. 196, 197.

(3) Dans son traité ci-dessus cité p. 36 n. 9 sur le *Gesamtakt*, p. 29 sq. Mais je ne le cite ici que parce que son ouvrage contient de nombreux exemples importants pour nous. Il n'a pas clairement saisi le concept de *Vereinbarung*.

(4) *op. cit.*, p. 116 sq.

(5) Brockhausen, *op cit.*, p. 58, insiste avec raison sur cette nécessité. Cependant, après avoir éliminé quelques éléments, qui, à mon avis aussi, n'appartiennent pas à notre matière, il nie finalement, pour le reste, la nécessité du nouveau concept.

Comme le contrat, le *Vereinbarung* consiste en déclarations concordantes de volonté de plusieurs personnes. Ces déclarations sont, comme dans le contrat, échangées l'une contre l'autre (1). Mais à la différence de ce qui se passe dans le contrat, chaque partie déclare ici une volonté, qui est absolument *semblable* à la volonté des autres parties. Plusieurs « procuristes » (*Gesamtprokuristen*) (C. com., § 48, al. 2) décident, par exemple, d'accepter un échange pour la firme qu'ils représentent ; plusieurs copropriétaires d'un immeuble s'accordent pour établir une servitude sur cet immeuble (2). Chacun déclare ici à l'autre une même

(1) Il ne suffit donc pas que ces déclarations de volonté soient « en relations » l'une avec l'autre, ou, en les considérant objectivement et subjectivement, qu'elles aient pour but de se « compléter » mutuellement, afin d'assurer un résultat juridique qui ne peut être obtenu que par les déclarations de volonté de plusieurs personnes. — A. Par suite, je ne considère pas le *consentement*, l'*approbation*, l'*homologation* que donne un sujet à l'acte d'un autre, par exemple, le tuteur à l'acte du pupille, un organe de l'Etat à l'acte d'un autre organe ou d'un sujet, comme des éléments d'une *Vereinbarung*. Ils diffèrent encore de celle-ci sur d'autres points ; v. immédiatement, p. 52, n. 1 et 2. Au moins, doivent-ils être considérés comme une sous-catégorie qu'il faut soigneusement distinguer du reste. C'est bien à quoi tend la phrase de Binding, *Gründung*, p. 76 : « Les parties à la *Vereinbarung* peuvent participer à un droit semblable ou à un droit différent. Dans le premier cas, elles sont coauteurs de la *Vereinbarung*, dans le second, l'une d'elles aide simplement à la *Vereinbarung*. » Les explications de Kuntze sur le « *Gesamtakt* égal ou inégal », relèvent du même ordre d'idées (p. 49 sq.) ; il faut remarquer que Kuntze, lui-même, doute que les *Gesamtakte* inégaux (approbation, acquiescement, etc...) puissent être assimilés aux autres (p. 49), et qu'il exclut absolument les actes dits d'homologation (*Bestätigungsakte*) (p. 71). Brockhausen, *op. cit.*, p. 61, s'oppose aussi à ce qu'on range ces actes parmi les *Vereinbarungen*. — Il va naturellement de soi qu'il ne peut pas être question, à propos de ces actes, d'un contrat, ou même d'une opération juridique bilatérale. Comp. Bekker, *Pandekten*, II, p. 84, n. a ; Regelsperger, *Pandekten*, I, p. 544. — B. Pour le même motif, j'exclus du concept de *Vereinbarung* tous les actes dans lesquels existe bien une somme de déclarations de volonté d'égal contenu et où un résultat juridique dépend d'un accord entre plusieurs ou beaucoup de ces déclarations, mais où cependant chaque déclaration n'est considérée que comme « partie d'un tout » sans que le fait de la *déclaration réciproque* engendre un rapport plus étroit entre les déclarations. Il en est ainsi notamment de toutes les *élections*, quand elles ne sont pas faites par des collèges organisés, ou des votes des créanciers d'une faillite, quand ils ne sont pas organisés en assemblée ou en comité de créanciers, par exemple dans la transaction forcée. Autres exemples dans Brockhausen, p. 63. Il est clair d'ailleurs que personne ne peut songer ici à un contrat entre les votants. — Comp. du reste Bekker, *op. cit.*, p. 87.

(2) Exemples analogues dans Kuntze, *Gesamtakt*, p. 34 sq.

*intention*. Chacun « veut » en outre que l'autre fasse la même chose que lui (1). Chacun veut enfin le même *résultat* que l'autre, que ce soit un résultat économique ou un résultat juridique. Il n'en est pas différemment dans le contrat ; mais, tandis que, dans celui-ci, le résultat touche et doit toucher les sphères juridiques des *contractants* d'une manière *opposée*, il doit avoir ici, pour tous ceux qui participent à la *Vereinbarung*, *un seul et même* effet (2). Tandis que le contrat doit servir à la satisfaction d'*intérêts opposés*, la *Vereinbarung* est destinée à satisfaire à des *intérêts communs* ou *semblables* (3).

Les deux exemples choisis indiquent déjà dans quel domaine la *Vereinbarung* joue un rôle important, si même ce n'est pas son seul rôle. Elle est le moyen, pour plusieurs titulaires d'un droit ou d'un pouvoir, de s'entendre sur l'exercice en commun de ce droit ou de ce pouvoir, dans les cas où, en vertu d'une prescription juridique, ils ne peuvent agir que tous ensemble, ou bien encore dans les cas où un d'entre eux peut agir pour *tous*, avec le consentement des autres. C'est ainsi notamment qu'elle sert à l'union de toutes les personnes qui ont entre elles des rapports de « mains communes », pour l'exercice collectif de leurs droits. L'accord des administrateurs d'une société pour la conduite des affaires (C. civ., § 709 ; C. com., § 115, 116, etc.) (4), l'accord des parents pour l'éducation religieuse des enfants, de plusieurs cotuteurs sur les affaires de la tutelle sont des *Vereinbarungen*, non des contrats. Dans le même ordre

(1 et 2) Sur ces deux points encore on voit que le consentement, l'acquiescement, etc..., aux opérations ou aux actes juridiques d'autrui ne peuvent pas être considérés comme éléments d'une *Vereinbarung*, au sens défini au texte ; ils peuvent encore moins l'être que les déclarations contractuelles.

(3) Jellinek, *System*, p. 194. — Il serait peut-être plus exact de dire : intérêts communs ou semblables ou *uniques*. Car l'intérêt en vue duquel se produit la *Vereinbarung* n'est pas nécessairement l'intérêt individuel propre de ceux qui y participent ; ce peut être, par exemple, l'intérêt de l'Etat dont les organes concluent une *Vereinbarung*. Ainsi se trouve sans objet la polémique de Brokhausen, p. 59 sq. Il ne suffit pas, en effet, que la volonté commune créée par une *Vereinbarung* doive être considérée comme la volonté de l'Etat, pour qu'on puisse opposer cette *Vereinbarung*, en tant que chose *complètement* différente, aux autres *Vereinbarungen* productrices d'une volonté commune.

(4) Comp. déjà Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1877, p. 568, etc...

d'idées, rentrent la *Vereinbarung* entre individus qui ont dans un procès le même intérêt, au sujet du dépôt ou du retrait de la demande, ou au sujet des serments à déférer ou non (C. proc. civ., § 434) (1), la *Vereinbarung* entre plusieurs mandataires dans un procès au sujet de l'accomplissement en commun des actes de la représentation (C. proc. civ., § 80), la *Vereinbarung* entre plusieurs représentants du ministère public ou entre plusieurs défenseurs, au sujet de la manière dont ils veulent partager entre eux leur mission (C. proc. pén., § 226), la *Vereinbarung* entre plusieurs accusés au sujet de l'exercice du droit de récusation des jurés, dont, aux termes de la loi, ils ne peuvent user qu'en commun (C. proc. pén., § 284), la *Vereinbarung* entre propriétaires d'un immeuble au sujet de l'exercice du droit électoral attaché à leur propriété, quand la loi n'accorde qu'à un d'entre eux l'accès des urnes (2). De même dans les cas où une fonction publique incombe à plusieurs personnes (non pas à un collège ou à une corporation) (3), les titulaires doivent s'entendre par *Vereinbarung* sur l'exercice de leur fonction ; dans les cas où le pouvoir législatif est confié à plusieurs sujets (individus ou collèges) pour être exercé en commun, la loi est établie par *Vereinbarung* (4).

(1) Par contre, l'accord des parties sur l'importance et l'autorité d'un serment (C. proc. civ., § 426, comp. § 415) est un véritable contrat de procédure, et non une *Vereinbarung* ; la « *Vereinbarung* » qui remet à l'arbitrage la solution du conflit (C. proc. civ., § 851) ne constitue qu'une sorte de transaction, et n'est pas davantage une véritable *Vereinbarung*. Que décider pour la « *Vereinbarung* » des parties au sujet de la procédure devant le tribunal arbitral » (C. proc. civ., § 860) ? Elle partage, en tant qu'élément du compromis, le caractèrère contractuel de celui-ci. En ce qui concerne les autres contrats dits « de procédure », je me contente de poser la question. Les accords au sujet du tribunal compétent, de la prolongation d'un délai, de la suppression d'un terme, de l'arrêt de la procédure (C. proc. civ., §§ 38, 202, 205, 228), les accords sur la personne d'un expert (C. proc. civ., § 369) sont-ils des *Vereinbarungen* ou des contrats ?

(2) Comp. loi électorale du royaume de Saxe, du 3 décembre 1868, § 14 ; règlement communal du royaume de Saxe, du 24 avril 1873, § 36.

(3) Qu'on pense au cas de plusieurs régents, et autres semblables. Dans l'administration anglaise, l'attribution d'une fonction à deux personnes, par exemple, à deux juges de paix, est très fréquente. Cependant, cela ne rend pas toujours nécessaire un accord entre les titulaires de la fonction au sujet de l'exercice de cette fonction, car souvent un seul d'entre eux doit décider.

(4) Ainsi, d'après l'opinion qui est à mon avis exacte, c'est par une véritable *Vereinbarung* entre le *Bundesrath* et le *Reichstag* que se fait la loi d'Empire. B. Schmidt, *Der Staat*, Leipzig, 1896, p. 40 ; comp. p. 36 sq., es-

Mais ce n'est pas seulement la communauté de droit et de pouvoir qui donne lieu à la *Vereinbarung*. Nous la rencontrons d'une façon générale partout où d'intérêts semblables naît une volonté semblable, laquelle se joint aux autres volontés pour poursuivre un but qui sert également aux intérêts de chacun, et que l'individu, pour des motifs juridiques ou des raisons de fait, est incapable ou se considère comme incapable d'atteindre. *Vereinbarung*, quand plusieurs ministres s'entendent pour édicter un règlement, par exemple un règlement pour les examens des juristes (1), ou pour édicter en commun un règlement sur les bicyclettes (2), quand plusieurs Etats allemands s'unissent pour former en commun des corps d'experts (3), ou s'accordent sur la résidence et les fonctions du directeur d'une institu-

time bien que la collaboration du *Bundesrath* et du *Reichstag* à la législation de l'Empire est « qualitativement tout à fait égale », mais il conteste que leur coopération doive être considérée comme une *Vereinbarung*. Il y manquerait, en effet, « l'identité de volonté subjectivement commune », parce qu'aucun des participants n'a l'*intention de créer la loi* ; leur volonté, de part et d'autre, ne vise *qu'à* réaliser une condition indispensable pour le résultat d'ensemble, à savoir, assurer la décision du *Bundesrath* ou du *Reichstag* en tant que telle (même, à l'intérieur de ces collèges, la volonté de chaque membre ne tend pas en principe à cette décision, elle tend seulement à donner sa voix). On voit comment peut s'expier une conception trop étroite de la notion de volonté (V. aussi, *op. cit.*, p. 24 sq., 43 sq., malgré la remarque de la p. 22, n. 1). Remarquable cette décision du *Bundesrath* où personne n'a « l'intention » de créer une loi, mais d'où cependant naît une loi ! L'argument d'après lequel ni le membre qui vote ni le collège lui-même en tant que tel ne savent pas ou même ne croient pas que l'autre facteur de la volonté voudra la même chose que lui-même, manque de base. Il prouve seulement qu'à côté des *Vereinbarungen* achevées, il y a des *Vereinbarungen* essayées, et que quelqu'un peut agir avec la conscience que son acte restera embourbé dans le stade de l'essai. Les développements de Schmidt s'expliquent par ceci, qu'il veut établir que la volonté de l'Etat est une volonté « propre et spécifique », qui ne coïncide pas avec les volontés individuelles qui prennent part à la formation de la volonté de l'Etat. D'où l'idée que ces volontés individuelles ne tendent qu'à collaborer à la formation de la volonté de l'Etat, et ne visent pas ce que seule veut la volonté de l'Etat. Je ne peux pas me permettre ici d'examiner davantage cette idée, à mon avis insoutenable, mais intéressante.

(1) Comp. par exemple, dans ces tout derniers temps, le règlement général du 18 janvier 1897 édicté, par le ministre de la justice prussienne, d'accord avec le ministre des cultes, concernant le premier examen du droit.

(2) V. le règlement commun des ministres des finances et de l'intérieur du royaume de Saxe, du 23 novembre 1893.

(3) Loi de la Confédération de l'Allemagne du Nord du 11 juin 1870, § 31.

tion d'assurance, qui s'étend sur le territoire de plusieurs Etats fédérés (1), quand des tribunaux répressifs s'entendent sur la jonction d'affaires pénales, qui ressortissent à plusieurs d'entre eux, en vue de les faire traiter par un seul (C. pén., § 13). Mais ce qui est de beaucoup le plus important, c'est que la *Vereinbarung* est la forme sous laquelle plusieurs personnes se lient (2) en vue de fonder dans l'avenir une association, une union, une corporation, qui les englobe toutes (3). Cette convention n'est pas un contrat, pas plus que l'établissement de la constitution, du statut de l'association ou de la corporation à fonder. Car ici la volonté de tous les participants

(1) Loi l'Empire du 22 juin 1889, concernant l'assurance contre l'invalidité et la vieillesse, §§ 43, 47, 64.

(2) Le contrat de société, ou du moins le « contrat » qui tend à instituer une société de commerce moderne est-il un contrat ou une *Vereinbarung* ? On a souvent insisté sur la nature particulière du contrat de société. Comp. déjà Wilda dans le *Weiske's Rechtslexikon*, I p. 545 ; Kuntze dans *v. Holzschuher's Theorie u. Casuistik des gemeinen Civilrechts*, 3ᵉ édit, III, Leipzig, 1864, p. 38 ; Baron, *Pandekten*, 8ᵉ édit., Leipzig, 1893, p. 374 sq. — V. aussi Ehrenzweig, *op. cit.*, p. 76, et, pour l'institution d'une société de commerce ouverte, Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 470 sq. Je dois en rester là sur cette question. Peut-être n'est-elle pas susceptible d'une réponse unique.

(3) Gierke notamment a insisté, en différents endroits de ses ouvrages, sur ce que la fondation d'une corporation n'est pas un contrat (*Genossenschaftstheorie*, p. 121 sq., 133 sq. ; *Holtzendorff's Rechtslexikon*, 3ᵉ édit., II, Leipzig, 1881, vº *Korporation*, p. 562 ; *Deutsches Privatrecht*, I, p. 486, etc...). D'autres se sont joints à lui, par exemple, Rosin, *Annalen des deutschen Reiches*, 1883, p. 303 (tirage à part. p. 39). Il importe de remarquer que non seulement la fondation, mais aussi l'accord en vue de la fondation ne constituent pas des contrats, ce qui est souvent méconnu par ceux qui voient dans la fondation elle-même un « *Gesamtakt* constitutif » de nature particulière, comme par exemple Rosin, *loc. cit.* Gierke (*Genossenschaftstheorie*, p. 130, n. 1) dit excellemment : « Si l'institution d'une corporation n'est pas un contrat, les accords préparatoires ne sont pas non plus des contrats préparatoires : ce ne sont pas des *pacta de contrahendo*, mais bien des *pacta de constituendo* de nature particulière. » Ces *pacta de constituendo* sont précisément des *Vereinbarungen*. Mais je me prémunis expressément contre l'idée d'après laquelle je soutiendrais qu'aucun contrat ne pourrait *précéder* la fondation d'une corporation. Il va de soi qu'un contrat est possible, même parmi les fondateurs. Je prétends seulement que l'accord des fondateurs, d'après lequel une association doit être créée avec une constitution déterminée, n'est pas un contrat. Beaucoup de malentendus auraient été évités, si on avait plus nettement distingué entre la *Vereinbarung* de la fondation future, la *Verinbarung* de la constitution et l'acte de fondation lui-même. Ce n'est qu'en apparence que ces divers actes coïncident souvent. V. ci-dessous p. 58, n. 3.

a un contenu absolument semblable. Elle vise une conduite future semblable : l'entrée dans l'association, et un événement extérieur qui aura la même signification pour tous : la formation d'une association, dont chacun veut être membre exactement comme les autres ; chacun veut comme les autres que l'association prenne vie avec la constitution décidée d'accord avec les autres.

Enfin — et ceci est de la plus grande importance — toute décision d'une pluralité de personnes organisées en collège constitue une *Vereinbarung*, qu'il s'agisse d'une autorité étatique, de l'organe collégial d'une association, ou d un collège formé temporairement de personnes privées dans un but déterminé à cause d'une communauté d'intérêts ; à ce dernier point de vue, qu'on pense au conseil de famille qui se réunit en vue de convenir d'un statut familial, à l'assemblée ou au comité des créanciers dans la procédure de la faillite. Il est évident que les décisions de ces collèges constituent des *Vereinbarungen* au sens ci dessus défini, si elles sont prises à l'unanimité, si, par exemple, un tribunal collégial condamne unanimement l'accusé et lui fait à l'unanimité application de la peine encourue. Lorsqu'au contraire, il y a une majorité qui l'emporte sur la minorité, il ne se forme, à prendre les choses strictement, qu'une *Vereinbarung* de la majorité ; pour des considérations cependant, dont la nécessité pratique saute aux yeux, bien qu'on ait encore besoin d'en rechercher le véritable fondement, le droit objectif a décidé que la *Vereinbarung* de la majorité (1) doit être considérée comme la *Vereinbarung* de la totalité. Sans cette règle objective, une « décision » serait impossible. Je ne veux pas m'arrêter sur ce point. Il faut poser en fait en tous cas que le droit objectif a institué la *Vereinbarung* comme le seul moyen d'après lequel une pluralité de volontés individuelles peut engendrer une volonté commune ou totale, c'est-à-dire une volonté qui doit être considérée comme une volonté unique, différente de la pluralité des volontés.

(1) Du reste, ce qui apparaît en définitive comme la volonté du collège, n'est pas toujours ce sur quoi, lors du vote, s'était portée la volonté concordante de la majorité. Considérez, par exemple, l'intéressante disposition du § 198 de la loi d'organisation judiciaire, d'après lequel ce que ne voulait qu'*un* des trois ou cinq, etc... membres du collège peut très bien devenir, d'après le mode particulier de votation, la décision du collège.

De l'opposition entre le contrat et la *Vereinbarung*, résultent d'importantes conséquences.

De ce que le contrat sert à satisfaire à des intérêts opposés et complémentaires, et consiste par suite en déclarations de volonté de contenu opposé mais complémentaire, il s'ensuit que *deux parties* seulement peuvent se rencontrer dans le contrat. Non seulement *deux personnes* : chaque partie peut se composer de plusieurs personnes (Mais la majorité des personnes qui forment une partie ne peut être liée que par une *Vereinbarung*). Au contraire, le nombre des parties dans la *Vereinbarung* est, par définition, illimité ; autant de personnes peuvent participer à la *Vereinbarung*, que l'intérêt semblable ou commun, auquel doit servir la *Vereinbarung*, peut en réunir (1).

En outre, nous avons vu ci-dessus que l'exécution d'un contrat, quand il astreint les deux contractants à une prestation, doit consister en actes de contenu différent, ou que l'acte de la partie qui est seule obligée à une prestation doit être tel qu'il ne pourrait pas être également accompli, d'après l'ensemble des dispositions du contrat, par l'autre contractant ; il en est de même, avons-nous démontré, pour les droits qui découlent du contrat. C'est l'inverse dans la *Vereinbarung*. Toute *Vereinbarung* n'accorde pas à ceux qui y participent des droits à un acte futur, ni ne leur impose le devoir d'agir dans l'avenir (2). Mais si elle le fait, alors *un* des participants est autorisé ou astreint à agir à la place de *tous* les participants (3) (non pas *pour les autres* !) ; autrement dit, à exécuter un acte qui, en lui-même, *pourrait* aussi être exécuté par un autre ou tous les autres ; par exemple, un des membres d'une société de commerce est obligé, par une *Vereinbarung* avec les autres, de conclure un contrat avec des personnes tierces au nom de tous les membres. Ou bien, si plusieurs ou la totalité de ceux qui participent à la *Vereinbarung* sont autorisés ou astreints à agir, leurs actions doivent avoir le *même* contenu ; de la *Vereinbarung*, naît le droit ou le devoir d'accomplir un acte semblable ou commun. C'est

(1) Exact, Kuntze, *Gesamtakt*, p. 31 sq., 43, 47.

(2) Qu'on pense à la décision d'un tribunal ; il n'en résulte aucunement des droits ou des devoirs pour les membres du tribunal. Car le devoir du président de publier la décision ne naît pas de la *Vereinbarung*.

(3) Comp. Binding, *Gründung*, p. 70.

ce dernier acte qu'on a récemment qualifié de *Gesamtakt* (1). *Vereinbarung* et *Gesamtakt* ne sont donc pas des concepts identiques ; on a malheureusement presque toujours perdu cela de vue (2). Le *Gesamtakt*, quand il se rattache à une *Vereinbarung*, est l'*exécution* de celle-ci, ou l'exercice des droits qui naissent d'elle. La convention entre deux ministres sur un règlement à édicter en commun est une *Vereinbarung* ; la promulgation en commun du règlement est un *Gesamtakt* ; l'accord des membres d'une société de commerce au sujet d'une affaire à conclure avec un tiers est une *Vereinbarung*, la conclusion de l'affaire, si elle est réalisée par eux en commun, est un *Gesamtakt* ; la *Vereinbarung* en vue de se réunir en une association corporative est exécutée par le *Gesamtakt* constitutif de la fondation au sens étroit du mot, c'est-à-dire, précisément par le fait de la réunion (3). Mais *tout Gesamtakt* n'est pas l'exécution d'une *Vereinbarung* (4), et, ce qui est encore plus important pour nous, *toute Vereinbarung n'est pas suivie d'un Gesamtakt* : toute *Vereinbarung* ne tend pas à un *Gesamtakt*. Tantôt en effet, il ne sort de la *Vereinbarung*, comme nous l'avons remarqué, que l'acte d'*un* associé agissant à la place de tous les participants, tantôt aussi la *Vereinbarung* conclue ne donne lieu ni à l'acte d'un associé ni à un *Gesamtakt*. Quand par exemple, un Parlement prend une décision qui arrête son règlement,

(1) D'après le précédent de Kuntze, dans l'ouvrage que nous avons souvent cité et qui porte ce nom.

(2) Ainsi, Jellinek, *System*, p. VII. Ensuite Brockhausen, *op. cit.*, p. 55, 66, etc. ; Menzel, *op. cit.*, p. 115, 116, n. 25 ; Tezner, *Zeitschrift f. d. Privat-u. öff. Recht*, XXI, p. 168 ; Ofner, *op. cit.*, p. 62. Comp. aussi G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 6e édit., Leipzig, 1895, p. 41, n. 19. — Cela est d'autant plus surprenant que Kuntze lui-même a, le plus nettement possible, distingué le *Gesamtakt* des accords de volonté, qui y tendent ; comp. not., p. 46 sq., 55, 65 sq., 72. Il est vrai qu'il conçoit le plus souvent ces accords de volonté comme des contrats.

(3) Il est souvent très facile, pour des motifs extérieurs, de confondre la *Vereinbarung* et le *Gesamtakt*. D'abord en beaucoup de cas, c'est le *Gesamtakt* qui joue dans la vie juridique le principal rôle, et non point l'accord qui l'a précédé ; celui-ci s'efface, en tant que fait « interne ». Ensuite, bien que la *Vereinbarung* soit achevée, on n'en vient pas toujours au *Gesamtakt* qui l'exécuterait, et souvent l'exécution ne peut pas être imposée. Fréquemment enfin *Vereinbarung* et *Gesamtakt* consistent extérieurement en un même acte, de même que la conclusion et l'exécution d'un contrat. Malgré tout cependant, il faut soigneusement distinguer les deux phases.

(4) V. les exemples dans Kuntze, *Gesamtakt*, p. 64 sq.

celui-ci est parfait dès l'achèvement du vote. Quand il publie le résulat du scrutin, le président déclare quelque chose qui est déjà parfait sans cette publication. La *Vereinbarung* se limite à la *formation* d'une volonté commune, le *Gesamtakt* est la *déclaration* envers les *tiers* de cette volonté commune quand elle est formée. Ainsi donc, partout où, pour des motifs particuliers, la manifestation d'une volonté commune envers des tiers n'est pas rendue nécessaire, pour produire un effet de droit, c'est à-dire partout où la *Vereinbarung* ne doit produire des effets qu'entre ceux qui y participent, elle n'a pas besoin d'être suivie d'un *Gesamtakt*, tandis que dans le cas contraire elle ne peut pas se passer d'un *Gesamtakt* ou d'un acte d'un des participants ou même d'un acte de tierces personnes (1), pour atteindre son résultat juridique. Il est donc tout à fait exact de dire que le *Gesamtakt* vise un effet de droit *en dehors* des participants, à la différence du contrat, qui n'a régulièrement pour but qu'un effet de droit entre les parties (2) ; la *Vereinbarung*, au contraire, *peut* viser un effet de droit extérieur, mais cela *n'est pas nécessaire*, comme le montre l'exemple du règlement du Parlement. Nous nous trouvons dès lors devant ce phénomène intéressant, et pour nous très important, d'une *règle de droit* réalisée par une déclaration de volonté *expresse* et qui entre parfois en vigueur sans une *publication* au sens technique du mot. L'ordre du jour est une règle juridique autonome, formée par *Vereinbarung*. La règle juridique existe dès qu'est *formée* la volonté commune, et aucune publication de la volonté commune n'est nécessaire, parce qu'elle ne se manifeste, en tant que norme obligatoire, qu'entre ceux qui ont pris part à la *Vereinbarung*. Ce phénomène se retrouve dans d'autres institutions de cercles autonomes créées par *Vereinbarung* (certains statuts, par exemple) et dont le caractère obli-

(1) Comp. la promulgation des lois d'Empire par l'Empereur.

(2) V. not. Kuntze, *Gesamtakt*, p. 45. — On a souvent déjà indiqué, comme critérium particulier du contrat, qu'il sert simplement à déterminer les rapports juridiques *entre les contractants*. Comp. v. Savigny, *System*, III, p. 309 ; *Obligationsrecht*, II, p. 7 ; Puchta, *Pandeckten*, § 54 ; v. Keller, *Pandeckten*, 2e édit., I, Leipzig, 1866, p. 150 ; Ahrens, *Naturrecht*, 6e édit., II, Vienne, 1871, p. 109 ; Bruns, *Kleinere Schriften*, II, p. 458, Beckker, *Pandekten*, II, p. 87 ; Regelsperger, *Pandekten*, I, p. 543, 544 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 284.

gatoire ne dépasse pas la sphère des personnes qui ont pris part à la *Vereinbarung* (1).

Nous devons mentionner encore une dernière différence, importante pour nous, entre le contrat et la *Vereinbarung*. Nous avons déjà vu cela : toute *Vereinbarung* n'engendre pas des droits ou des devoirs pour ceux qui y participent ; c'est précisément le cas dans les *Vereinbarungen* les plus importantes. Inversement, on ne peut concevoir aucun contrat valable, d'où ne naissent pas des droits et des devoirs subjectifs ; le contrat est précisément destiné, par le droit objectif, à faire naître des droits subjectifs. Voici donc une différence importante entre le contrat et le *Vereinbarung* : le premier est toujours une *opération juridique* (*Rechtsgeschäft*), la deuxième l'est parfois, mais pas toujours. Car, sans examiner la question discutée de la définition exacte de l'opération juridique (question dont l'importance, me semble-t-il, a été dans ces derniers temps exagérée), nous pouvons cependant considérer comme *un* des éléments essentiels de l'opération juridique, qu'elle est un acte, autorisé par le droit objectif, qui *sert* à fonder des droits ou des devoirs subjectifs, d'où il ressort *ipso facto* qu'aucun contrat ne peut avoir d'existence juridique que si un droit objectif lui accorde la force nécessaire. La *Vereinbarung* au contraire, *peut* être une opération juridique, mais elle ne l'est pas *nécessairement*. Elle aura le caractère d'une opération juridique, quand l'acte qui résulte d'elle et qui est exécuté par un des participants, ou quand le *Gesamtakt* qui doit la suivre, ont le caractère d'une opération juridique. Elle n'est certainement pas une opération juridique au sens usuel du mot, quand la volonté des participants n'a pas pour but immédiat ou indirect (c'est-à-dire en escomptant l'effet du *Gesamtakt* futur) un acte qui soit une opération juridique, en particulier, quand elle a pour but la création d'une *règle juridique* (2). Et ainsi se trouve établie une chose qui nous intéres-

(1) Cela ne se retrouve naturellement pas dans toutes les règles juridiques autonomes : les institutions d'une association autonome organisée corporativement, qui, édictées par les organes de l'association, ne lient pas seulement *ces organes*, doivent être publiées. Tout cela va de soi.

(2) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 283, n.2, va donc trop loin quand il dit que les actes de volonté internes d'une corporation ou d'une communauté tendant à la production d'une volonté commune une, la décision des assemblées ou des autorités collégiales, les accords de volonté entre les différents organes d'une personne morale ne sont *jamais* des opérations juridiques.

sera bientôt davantage. La *Vereinbarung* est toujours *dépendante* du droit objectif, quand elle est une opération juridique, c'est-à-dire qu'il faut toujours une *règle juridique* préexistante, pour donner effet à une *Vereinbarung-opération juridique*. D'autre part, si la *Vereinbarung elle-même* est destinée à former du droit objectif, il est possible encore qu'elle ne déploie d'efficacité que conformément à d'autres règles juridiques : tel est notamment le cas quand elle est créée par un *système juridique*, qui, disposant de son propre développement, se sert d'elle comme d'un moyen pour se perfectionner : qu'on pense à une loi, créée par *Vereinbarung* et dont la « validité » dépend d'une loi « supérieure » : la Constitution (1). *Mais il est possible aussi qu'une Vereinbarung destinée à créer des règles juridiques puisse atteindre son but sans être soumise à une dépendance de ce genre.*

(1) C'est pourquoi on a parfois rangé ces actes créateurs de droit parmi les *opérations* juridiques au sens large du mot ; v. Brinz, *Pandekten*, I, 2e édit., Erlangen, 1873, p. 214. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 350, n. 53, appelle à bon droit ceci une « idée presbyte ».

## § 4

## Suite.

I

Examinons maintenant dans quelle mesure les résultats que nous avons acquis peuvent nous servir pour définir en quoi consiste essentiellement la *formation du droit international public*.

Nous avons déjà établi que le droit international public ne peut naître que de l'union de plusieurs volontés d'Etat en une volonté commune. Nous avons vu, en outre, que cette volonté commune ne peut pas être formée au moyen d'un « contrat » entre Etats, dans le sens que nous avons donné à ce mot. Et notre démonstration a abouti à ceci, que, dans le domaine du droit interne, ce que l'on appelle la *Vereinbarung* est la seule forme sous laquelle peut apparaître une volonté commune. Il faut maintenant démontrer que la *Vereinbarung* entre Etats joue le même rôle dans les relations internationales. De même que la *Vereinbarung* permet seule aux individus de créer une volonté commune, elle est de même le seul moyen qui s'offre aux Etats de fondre leur volonté particulière en une volonté commune. On dira peut être, — et nous reviendrons sur ce point — que ce qui crée *là* une volonté commune n'en crée pas nécessairement une *ici*. Si cependant l'on part de ce fait, qu'une volonté commune n'existe pas naturellement mais doit être créée, on peut déclarer qu'ici comme là il n'existe aucun autre procédé pour la créer que la *Vereinbarung* (1).

(1) Je ne m'oppose pas à ce que l'on appelle cette *Vareinbarung* une « reconnaissance de normes juridiques » (Jellinek, *System*, p. 299), si on entend par là simplement l'acte par lequel ceux qui participent à la *Vereinbarung* déclarent qu'une norme doit être une norme juridique. J'évite cependant cette expression parce qu'il s'y rattache toute une théorie du fondement de la valeur du droit (représentée notamment, comme on le sait, par Bierling, *Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe*, Gotha, 1877, 1883 ;

Sous la forme habituelle du *traité international* nous rencontrons maintenant non point la totalité, mais une très impor-

*Jurist. Prinzipienlehre*, I, Fribourg et Leipzig, 1894, p. 40 et suiv.), que je ne peux pas accepter. Du reste, d'autres écrivains se servent aussi de la notion de la reconnaissance, comme « source », « fondement », etc... du droit international public, mais sans tous se livrer aux mêmes considérations. Je ne dois entrer dans plus de détails qu'en ce qui concerne le développement de Holtzendorff, qui a traité d'une façon approfondie la *reconnaissance* comme une source particulière (formelle) du droit international public, à côté de la coutume, du traité et de la loi (H. H., I, p. 83, 86 sq. ; v. aussi *Encyklopädie der Rechtsvissenschaft* de Holtzendorff, Leipzig, 5e édit., 1890, p. 1279 sq.). Ce n'est pas sans étonnement que j'ai vu sa doctrine considérée comme un progrès essentiel (Strisower, *Zeitschrift für das Privat-und öffentliches Recht*, XIV, p. 200) ; je peux d'autant moins m'associer à cet éloge, qu'il ne me semble pas très facile de comprendre nettement l'idée de Holtzendorff. Il me paraît d'abord que la reconnaissance au sens de Holtzendorff est autre chose qu'au sens de Bierling. D'après Holtzendorff, en effet, la reconnaissance n'a aucun rapport immédiat avec la règle juridique, bien qu'elle la crée (*Id.*, p. 87). Quelques applications et exemples font bien présumer le contraire ; ainsi, la référence au protocole d'Aix-la-Chapelle du 18 novembre 1818, au protocole de Londres relatif à la question des Détroits de 1871, et à l'article 40 du Traité de Berlin de 1878 (*Id.*, p. 90, n. 2 ; p. 91, n. 3). Mais l'idée est bien cependant que la reconnaissance de certains *faits* signifie la « soumission » à certaines normes, lesquelles deviennent, grâce à cette soumission, des règles juridiques, ou bien, au cas où elles auraient déjà ce caractère, deviennent règles juridiques *pour l'Etat qui a fait la reconnaissance* (H. H., I, p. 81, 83, 87). Mais on ne dit pas clairement ce que l'Etat « reconnaît », quand ce ne sont pas des normes. Ce sont d'abord « des *forces historiques* existantes » (p. 86) ; c'est ensuite « l'état effectif des *relations* » (p. 90) ; tantôt c'est « une *communauté* prise comme *fait* historique ayant une force juridique » (p. 89), ou bien la « *puissance de la communauté* » (p. 89). Je serais très enclin à rapprocher *cette* reconnaissance de ce que je désignerai bientôt comme une *Vereinbarung* par actes concordants (v. plus loin, IV), d'autant plus, comme on le verra, que je considère une bonne partie de ce que l'on appelle le droit international coutumier comme le résultat de cette *Vereinbarung* ; ainsi que le déclare v. Holtzendorff la reconnaissance est si proche de la coutume, qu'il est peut-être douteux, qu'il soit exact de les distinguer (I, p. 91) ; et, d'autre part, la frontière entre la coutume et le « traité tacite » a toujours été imprécise dans la théorie (*Id.*, p. 113). Mais v. Holtzendorff rejette expressément toute identification de la reconnaissance et de la coutume (I, p. 89, 103) et il oppose précisément l'une à l'autre la « reconnaissance » et « l'accord de volontés » (p. 7). Or, d'après v. Holtzendorff, les règles qui deviennent règles juridiques par la reconnaissance de ces « conditions de la communauté », sont simplement des principes, qui « sont *soustraits à la libre volonté*, qui sont « *permanents* et *immuables*, sans le contenu desquels la société des Etats ne pourrait pas avoir une existence juridique » (H. H., I, p. 86, 87). Si v. Holtzendorff ne se déclarait pas expressément l'adversaire du droit naturel (*Id.*, p. 86 et suiv.), et s'il n'insistait pas particulièrement sur ce que ces règles « nécessaires » ne deviennent *règles juri-*

tante partie de ce qui doit être considéré comme *Vereinbarung* entre Etats. Si on considère comme traité international, suivant l'usage, tout accord de plusieurs déclarations de volonté, faites expressément par des Etats et tendant au même but, on doit concéder que le droit international public peut aussi être créé par des « traités internationaux ». Mais comme, d'un autre côté (il faut encore le rappeler) une partie essentielle des traités internationaux, notamment tous « les contrats » *véritables*, au sens précédemment indiqué, sont complètement incapables de créer un droit objectif, nous nous trouvons dans l'obligation de recher-

*diques* que par la reconnaissance des faits dont elles doivent découler, je ne me retiendrais pas de conclure immédiatement des formules ci-dessus citées, que v. Holtzendorff enseigne une doctrine de pur droit naturel. Je crois, d'ailleurs, malgré toutes les protestations, que la théorie entière procède en fin de compte d'un droit international public basé sur le droit naturel. Tout repose bien sur la notion de la « reconnaissance des conditions de la communauté » Cette notion est, dans le problème qui nous occupe, complètement inutilisable. Reconnaître un *fait* ne signifie en soi rien d autre, qu'avoir ou rendre un jugement affirmatif de ce fait. Cependant v. Holtzendorff ne pense certainement pas cela, puisque sa « reconnaissance » est une émanation du libre arbitre de l'Etat, qu'elle produit bien certaines conséquences nécessaires, mais qu elle n'en est pas moins pour cela l'expression d'une libre volonté. Sa « reconnaissance » n'est pas un jugement sur l'existence d'un fait, qui existerait sans ce jugement ; elle est, si je comprends bien, le libre *établissement des conditions d'un fait*. Reconnaissance de la « communauté », reconnaissance des « relations » ne sont pas autre chose que la participation de l'Etat aux relations qui se forment dans la communauté, participation qui est laissée à la libre volonté de l'Etat (Cf. H. H., I, p. 87, § 3). Sans doute certaines règles résultent nécessairement des conditions de la communauté : la reconnaissance de la communauté, dans ce sens, signifie simplement que l'Etat crée un état de choses, auquel est nécessairement liée la formation de règles, sur le contenu desquelles il n'a aucune influence. Ou bien l'Etat, qui crée cet état de choses, connait et approuve ces règles immuables, alors il reconnait aussi ces règles par « sa reconnaissance » de l'état de choses. Comme v. Holtzendorff n'admet pas cela, on est contraint de conclure ceci : que l'Etat connaisse ou non les règles, sa reconnaissance des conditions de la communauté fait inévitablement apparaitre pour lui des droits et des devoirs, dont le contenu se mesure d'après la règle découlant de la « nature des choses ». Exprimé sous une forme pratique : l'Etat qui entre ou qui se tient en relations avec un autre se soumet, tant qu'il ne s'isole pas de nouveau (H. H., I, p. 87), aux règles qui naissent forcément du fait de la communauté. Mais ce n'est pas autre chose que le droit naturel. — Sur des considérations analogues dans Jellinek, *Natur der Staatenverträge*, cf. plus loin. p. 78, n. 1. En sens contraire, Brie, *Staatenverbindungen*, p. 39, n. 1 ; Nippold, *op. cit.*, p. 58 sq. Ce que l'on appelle la reconnaissance des Etats nouveaux rentre dans un autre ordre d'idées, cf. ci-dessous, IV.

cher, parmi les traités internationaux, lesquels sont de véritables contrats, et lesquels sont de véritables *Vereinbarungen* ; de nous demander ensuite, parmi ces dernières, lesquelles peuvent produire du droit international ; d'examiner enfin, si, à côté de cette catégorie de traités internationaux, il n'y a pas d'autres faits, qui doivent être considérés comme *Vereinbarungen*, et, par suite, comme moyens de formation du droit international public.

Abstraction faite de ce que les sujets et la nature des rapports auxquels elle a trait sont différents, la *Vereinbarung* entre Etats ne se distingue en rien de la *Vereinbarung* entre particuliers ; dans sa forme, le concept est le même, ici comme là. La *Vereinbarung* entre Etats se compose aussi de plusieurs manifestations de volonté concordantes. De manifestations de *volonté* : il n'y a donc pas *Vereinbarung,* quand les Etats échangent des déclarations, dans le but simplement de se communiquer des informations, d'exposer des faits, d'indiquer l'existence de certaines circonstances de fait ou de droit. Les déclarations dites de réciprocité ne sont donc pas en soi des *Vereinbarungen* (1). Les manifestations de volonté doivent être échangées l'une contre l'autre. C'est pourquoi on ne doit pas considérer comme élément d'une *Vereinbarung* la simple confection d'une loi ou d'un règlement, dont le contenu présente de l'importance pour les relations de l'Etat avec les autres Etats, ni comme conclusion d'une *Vereinbarung* la coexistence dans plusieurs Etats d'institutions unilatérales, dont le contenu serait semblable ou correspondant. Si, par exemple, plusieurs Etats édictent législativement des règles admettant l'application des jugements étrangers au cas de réciprocité, la coexistence de ces lois ne constitue pas une *Vereinbarung* ; par suite, quand l'Angleterre et la France d'un côté, la Russie de l'autre, ont accordé au commencement de la guerre de Crimée un délai aux navires ennemis pour prendre leur cargaison et sortir des ports anglais, français

(1) Cela n'est pas sans importance au point de vue du droit public. Les règles et les limitations de compétence relatives à la conclusion des traités internationaux ne sont pas applicables aux déclarations de réciprocité. En ce sens, Blumer-Morel, *Handbuch des Schweizer Bundesstaatsrechts*, III, 2e édit., Bâle, 1887, p. 360 sq. — V. aussi la clause de la Constitution du Oldenburg, art. 6, al. 6.

(2) V. les règlements dans Soetbeer, *Sammlung offiz. Aktenstücke u. s. w.*, Hambourg, 1855, nos 3, 9, 51 (cahier 1, p. 4, 7 sq. ; cahier 3, p. 17).

ou russes (2), elles n'ont conclu entre elles aucune *Vereinbarung*. Dans quelle mesure des manifestations de volonté de cette sorte, et notamment des lois nationales, peuvent, suivant telles ou telles circonstances, présenter de l'importance pour la formation du droit international public, c'est là un point sur lequel on reviendra. — Les manifestations de volonté doivent aussi, au contraire de ce qui se passe dans le contrat, être des manifestations de *volonté semblable* ; elles doivent non seulement tendre au même but, mais aussi révéler la même intention, éventuellement consister en actes de même sorte. Après les explications complètes des pages précédentes, je peux m'épargner sur ce point une étude plus détaillée.

Comme exemples j'en choisis d'abord intentionnellement qui sont analogues à ceux que j'ai donnés en premier lieu pour la *Vereinbarung* du droit interne. Deux Etats qui exercent un condominium sur un même territoire, comme le Hanovre, plus tard la Prusse et le Brunswick, sur ce qu'on appelait le « Communionsharze » (1), la Prusse et l'Autriche, après la paix de Vienne du 30 octobre 1864, sur le Schleswig, le Holstein et le Lauenburg (2), la Prusse et la Belgique sur le territoire neutre de Moresnet (3), ou la France et l'Espagne sur l'île des Faisans (4), se mettent d'accord pour constituer une servitude sur ce territoire en faveur d'un troisième Etat ou pour y instituer des fonctionnaires ; plusieurs Etats qui ont obtenu un protectorat collectif sur un troisième, comme autrefois les trois grandes puissances orientales sur Cracovie, comme l'Espagne et la France sur la République d'Andorre, comme l'Allemagne, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis sur Samoa (5), conviennent de mesures, qui constituent l'exercice en commun du protectorat total (6). Ce sont là des *Vereinbarungen*, et non point des

(1) Jusqu'au partage par le traité du 9 mars 1874 (*Preuss. Ges.-Sammlung*, p. 295).

(2) M. N. R. G., XVII, 2, p. 474.

(3) Traité entre la Prusse et les Pays-Bas du 26 juin 1816 (M. N. R., III, p. 24) art. 17, al. 3.

(4) Traité du 2 décembre 1856 (de Clercq, *Recueil des traités de la France*, VII, p. 196), art. 27.

(5) Cf. Heilborn, *Das völkerrechtliche Protektorat*, Berlin, 1891, p. 43 sq.

(6) Il en est ainsi quand les trois protecteurs de Samoa s'entendent sur la personne du grand juge ou du président du conseil municipal d'Apia, etc... ; acte général de la Conférence de Samoa du 14 juin 1889 (M. N. R.

contrats. Elles doivent satisfaire à des intérêts non pas opposés, mais communs ; elles tendent à des actes de contenu non point opposé, mais semblable. On le voit, ici aussi la *Vereinbarung* est le moyen, pour plusieurs titulaires d'un droit ou d'un pouvoir, de s'entendre sur l'exercice en commun de ce droit ou de ce pouvoir. Je suppose naturellement partout ici — provisoirement — qu'il s'agit de véritables *rapports de droit*.

La *Vereinbarung* est en outre, dans les relations internationales comme dans les relations entre particuliers, la forme sous laquelle plusieurs sujets s'unissent pour obtenir un résultat qui satisfait également leurs intérêts semblables ou communs. Elle est avant tout, ici comme là, la forme sous laquelle se fonde l'association ou la corporation. L'accord conclu entre Etats indépendants pour former une union administrative (1), une Confédération d'Etats, et aussi un Etat fédéral, est une *Vereinbarung* et non un contrat (2). Celui-ci est impossible ici pour des raisons qui sont absolument les mêmes que celles qui rendent inapplicable la notion de contrat aux opérations semblables du commerce juridique entre individus. Je n'ai pas besoin par suite d'entrer dans le détail, et je peux me dispenser de l'obligation de développer, dans tous ses détails, l'opposition, très importante aussi en droit international public, qui existe entre la *Vereinbarung* et le contrat (3).

Il n'y a qu'une chose qui doive être considérée de plus près :

G.², XV, p. 571), art. 3, sect. 2. D'ailleurs, l'acte général en son entier apparaît à ce point de vue comme une *Vereinbarung*.

(1) Cf. Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienne, 1882, p. 158 sq.

(2) La discussion roule ordinairement sur le point de savoir si l'Etat fédéral peut naître ou non d'un *contrat* (Cf. les auteurs cités dans G. Meyer, *Deutsches Staatsrecht*, 4ᵉ édit., p. 40, n. 19, p. 160 sq.). A la question ainsi posée, il faut absolument répondre par la négative. La *formation* d'un Etat fédéral, si elle résulte d'un rapprochement entre Etats déjà existants en vue de créer une collectivité nouvelle, est un fait commun de ces Etats, et non point un accord des volontés. L'accord des volontés a, dans les cas que nous connaissons, précédé cet acte ; mais il n'a pas suffi, à lui seul, pour créer l'Etat fédéral ; il n'a fait que fonder le devoir général de se réunir en un Etat fédéral. La réunion a été l'accomplissement de ce devoir. Mais cet accord des volontés n'est pas un vrai contrat : non seulement il n'est pas un contrat obligatoire, comme on l'a plusieurs fois soutenu ; il n'est pas un contrat du tout. C'est une *Vereinbarung* au sens ci-dessus défini, et je crois avoir prouvé qu'il ne s'agit pas seulement là d'une « question de terminologie » (G. Meyer, *loc. cit.*, p. 163, nᵒ 5).

(3) Ce développement serait cependant aussi nécessaire que profitable.

car c'est le but vers lequel tendent toutes les recherches qui précèdent.

Le contrat ne peut pas produire de *règles juridiques*, parce que, d'après sa nature, il ne peut pas faire naître une volonté

Je dois me borner à quelques indications, d'abord pour ne pas allonger encore l'exposé du texte, qui est presque démesuré, ensuite parce que tout ce qui rentre dans cette matière n'a d'importance que pour le cas où il s'agit d'une véritable institution juridique,— ce qui n'est pas encore prouvé. Sous cette hypothèse, je peux dire ce qui suit. En droit international aussi, la *Vereinbarung* présente avec le contrat cette différence qu'elle peut réunir plusieurs parties ; elle n'est pas, par définition, limitée aux rapports entre deux parties ; un nombre indéfini d'Etats peut y participer. Une application importante de ce principe sera bientôt faite au texte. En outre, si la *Vereinbarung* internationale est destinée à fonder des droits et des devoirs subjectifs, l'exercice de ces droits, l'accomplissement de ces devoirs ne consistent point, comme dans le contrat, en actes de contenu différent ; si plusieurs des Etats qui participent à la *Vereinbarung* deviennent titulaires de droits ou se voient imposer des devoirs, l'exercice et l'accomplissement des uns et des autres consistent en actes de même contenu. Ici aussi, au cas où un seul est autorisé ou astreint à agir, son acte ne sera pas un acte *pour les autres*, mais un acte *pour tous* ; il en est ainsi, par exemple, quand les protecteurs collectifs conviennent d'exercer alternativement certains actes du protectorat, comme la France et l'Espagne en ce qui concerne la nomination du grand juge d'Andorre (Heilborn, *Protektorat*, p. 43). Mais si plusieurs Etats conviennent que dans certains cas et pendant un certain temps, l'un doit exercer la représentation diplomatique de l'autre, c'est-à-dire doit agir *pour lui* vis-à-vis de l'étranger (Comp. Protocole additionnel du 21 octobre 1866 à l'article 5 du traité de paix de Berlin entre la Prusse et la Saxe du même jour ; M. N. R. G., XVIII, p. 377), c'est là un contrat et non une *Vereinbarung*. Si la *Vereinbarung* accorde à plusieurs Etats le droit ou leur impose le devoir de faire un acte, l'acte semblable ou commun doit ici aussi être considéré comme un *Gesamtakt*. L'accord pour la fondation future d'une Confédération d'Etats ou d'un Etat fédéral est une *Vereinbarung*, la fondation elle-même, ou plus précisément l'entrée dans la Confédération ou dans le nouvel Etat, est un *Gesamtakt* (Pour l'Etat fédéral, opinion concordante de Kuntze, *op. cit.*, p. 82). Ici aussi il importe de noter que toute *Vereinbarung* n'a pas pour suite un *Gesamtakt* ; tel est notamment le cas, quand la *Vereinbarung* a pour objet d'établir une règle juridique. Autre fait important : tout contrat est une opération juridique, toute *Vereinbarung* ne l'est pas, bien qu'elle le soit parfois, telle, par exemple, la *Vereinbarung* par laquelle les Etats qui exercent un condominium décident d'établir une servitude. Il serait intéressant encore de rechercher si tous les devoirs, tous les droits, toutes les limitations, relatifs à la conclusion des « traités internationaux », quelles que soient les conditions du droit des gens auxquelles ils sont dus, s'appliquent également aux contrats et aux *Vereinbarungen*, par exemple les limitations qui existent sous ce rapport pour les Etats non souverains ou protégés. — Quand Nippold, *loc. cit.*, p. 42, n. 22, dit que la distinction entre la *Vereinbarung* et le contrat ne présente qu'un « étroit intérêt théorique », cela prouve qu'il n'a pas clairement vu leur opposition.

commune. Mais ce que le contrat ne peut jamais, la *Vereinbarung* le peut. *Les Etats peuvent créer du droit objectif, quand ils adoptent par Vereinbarung une règle qui doit régir leur conduite ultérieure d'une façon permanente.* Ici non plus la *Vereinbarung* ne ment pas à sa nature. Elle consiste en plusieurs manifestations de volonté, dont le contenu est le même. Chacun veut la même chose : la création d'une norme juridique, qui doit les régir tous également dans l'avenir. Ils ne veulent pas rapprocher des intérêts opposés, mais satisfaire leur intérêt commun par la fixation d'une règle, d'après laquelle seront régies leurs relations futures, même pour le cas où un conflit d'intérêts survenant exigera un arrangement. Ainsi donc tous les exemples-types, si souvent mentionnés, de création du droit international public « par la voie du contrat », les règles du Congrès de Vienne sur la liberté de la navigation fluviale et le rang des agents diplomatiques, la déclaration de Paris de 1856 sur le droit maritime, la convention de Genève de 1864, la convention de Saint-Pétersbourg de 1868, qui interdit l'emploi de certains projectiles en cas de guerre, les dispositions de l'acte du Congo de 1885 sur l'occupation des territoires sans maître en Afrique, les règles de l'acte antiesclavagiste de Bruxelles de 1890, et tous les accords innombrables sur les prises maritimes, le blocus, la contrebande, et tous les « traités « qui règlent d'une façon permanente l'assistance juridique (en particulier l'extradition) et les relations consulaires, et les traités d'après lesquels toutes les difficultés futures doivent être tranchées par un tribunal arbitral (1), etc..., — tous ces accords ne sont pas en réalité des contrats au sens exact du mot, ce sont des *Vereinbarungen* de règles juridiques.

Mais, va-t-on objecter, y a-t-il réellement là une différence avec le « contrat » ? Un contrat ne crée-t-il pas aussi, dans certaines circonstances, la règle d'après laquelle les rapports juridiques des parties seront régis ? Ne parle-t-on pas avec raison

(1) Mais le traité d'arbitrage conclu en vue d'un cas particulier est un véritable contrat. Que décider en ce qui concerne les clauses d'arbitrage jointes à de nombreux traités, et qui prévoient pour les difficultés futures qui naîtront du traité une solution arbitrale ? Il faut voir si la clause fait partie d'un contrat ou d'une *Vereinbarung* créatrice de droit. Dans le premier cas, elle est elle-même élément du contrat; dans le second, elle est règle juridique. — V. d'ailleurs ci-dessous, p. 72 sq.

d'une « *lex* » *contractus* ? D'autre part, la volonté des parties, par exemple dans un traité d'extradition, ne vise-t-elle pas le même but, ou plutôt un Etat ne veut-il pas *recevoir* de l'autre « ses » délinquants, l'autre ne veut-il pas les lui *livrer*, et inversement ? A ceci on doit répondre : le but de tout vrai contrat, comme de toute opération juridique en général, est *en première ligne* une modification de fait, la suppression de circonstances extérieures ou au contraire leur maintien. L'Etat qui achète et l'Etat qui vend, l'Etat qui acquiert un territoire et l'Etat qui cède un territoire, veulent en première ligne une modification de leurs rapports de souveraineté, dans le premier cas, à l'égard d'un objet, dans le second cas, à l'égard d'une partie de leur population. Au cas où leur volonté, — ce que l'on peut concéder — tendrait à la création ou à la suppression de *droits* subjectifs, les Etats ne veulent cependant ces droits que comme moyens en vue d'atteindre et de s'assurer le « résultat » extérieur qu'ils visent. Même quand un traité, conclu dans le domaine de ce qu'on appelle le droit dispositif, réalise des modifications nombreuses de ce droit, il s'agit pour les parties, non point de la création d'une règle juridique « autonome », mais de la réglementation, abandonnée par le droit objectif à leur bon plaisir, de *rapports* juridiques usuels, qui, sans une volonté spéciale des parties, seraient autrement organisés par le droit objectif. C'est précisément l'opposé qui a lieu dans la règle juridique. La volonté créatrice de droit, la source du droit, n'a pas en vue, en général, des *circonstances extérieures* déterminées ; elle veut édicter des règles, qui doivent déterminer les *conséquences* de faits extérieurs aussi longtemps que, elle, source du droit, n'aura pas adopté une autre réglementation. L'exemple du traité d'extradition est tout à fait instructif au point de vue de la différence qu'il y a entre le contrat et la règle juridique en droit international public. Quand deux Etats, A et B, qui n'ont conclu l'un avec l'autre aucun traité d'extradition, conviennent en un cas particulier, que A livrera à B un délinquant qui, ayant commis un délit dans l'Etat B, s'est réfugié sur le territoire de l'Etat A, ils concluent, en la circonstance, un véritable contrat ; l'un veut « avoir », l'autre « donner ». Mais si ces mêmes Etats concluent un traité d'extradition au sens ordinaire du mot, c'est-à-dire un accord sur les conditions, les formes, les effets, etc..., de toutes les extraditions qui pourront se présenter

dans l'avenir, ce ne sont pas ces *extraditions* futures qu'ils veulent en première ligne ; ils veulent d'abord *établir la norme*, d'après laquelle leurs relations, en ce qui concerne ces cas futurs, doivent être uniquement réglées. C'est là le critérium, d'après lequel doit être opérée la séparation entre les traités internationaux qui sont de véritables contrats, et ceux qui sont créateurs de droit. Je reconnais que cela peut être extrêmement difficile en certains cas, notamment quand des contrats et des *Vereinbarungen* normatives coexistent dans le même instrument; mais c'est toujours possible (1). La confusion entre un contrat et une *Vereinbarung* créatrice de droit n'est guère possible quand il s'agit de traités qui, comme les contrats obligatoires du droit privé, sont exécutés par un acte, fait une fois pour toutes, d'une ou des deux parties ; elle se comprend davantage, quand il s'agit de traités relatifs à des prestations répétées ; elle est très facile à commettre quand le traité à apprécier est un traité « réel », pour employer une fois cette expression, c'est-à-dire un traité qui limite ou qui élargit, d'une façon permanente, la puissance d'un Etat vis-à-vis d'un autre. Mais je pense qu'il suffira, dans ces cas, de considérer les choses de plus près, pour que le doute disparaisse toujours. Il est beaucoup plus difficile, en tout cas, de donner aux deux sortes de traités des noms particuliers qui aient chance d'être généralement acceptés. Je crains que tout essai de satisfaire, sous ce rapport, aux exigences théoriques, n'échoue devant l'opiniâtreté de l'usage. Dans la mesure où cela sera nécessaire aux recherches qui suivent nous opposerons l'un à l'autre le « *contrat* » et la « *Vereinbarung créatrice de droit* » (2).

Mais, tel que je viens de le présenter, le développement qui

(1) Comp. Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze*, p. 78. C'est précisément pour cela qu'il faut se garder de considérer les traités de commerce, d'extradition, etc..., tout simplement comme des *Vereinbarungen* de règles juridiques.

(2) Et non point seulement « contrat » et « *Vereinbarung* », car, comme on l'a remarqué, toute *Vereinbarung* ne crée pas une règle juridique. Bergbohm, *Staatsverträge*, p. 88, propose pour les traités créateurs de droit la désignation de *conventions* ou de *déclarations*. Mais l'usage linguistique applique aussi ces expressions aux vrais « contrats ». La même objection doit être faite à la proposition d'après laquelle on opposerait le *contrat* au *traité* (conformément à l'opposition qui existe en français et en anglais entre traité et contrat, *treaty* et *contract*. — Comp. v. Holtzendorff dans H. H., I, p. 107, n. 3.

précède, sur la différence entre le contrat et la création du droit, m'oblige à une explication complémentaire. C'est avec raison qu'on a récemment et à maintes reprises expliqué qu'une règle juridique ne contient pas nécessairement des prescriptions générales, et qu'elle peut aussi constituer une norme pour un ou plusieurs cas individuellement déterminés (1). Le fait est exact aussi pour le droit international public, mais précisément dans le même sens et dans la même mesure qu'en droit interne. La législation interne a l'habitude d'édicter des règles juridiques de cette sorte, rédigées pour des cas individuellement déterminés, ou bien quand le droit constitutionnel exige une disposition législative cas par cas, ou bien, ce qui est le principal, quand le législateur se trouve appelé à exclure, dans certains cas, par une loi spéciale, l'application du droit existant, application qui, sans son intervention, serait inévitable. Si nous ne trouvons, dans les relations internationales, rien d'analogue à la première hypothèse, — et cela pour des motifs faciles à comprendre, — il n'en est pas de même en ce qui concerne la seconde. Les Etats conviennent assez souvent que le droit qui régit leurs rapports, notamment quand la rigueur s'en fait sentir dans un cas donné, restera sans application dans ce cas, et *seulement* dans ce cas ; il en est ainsi, par exemple, quand ils conviennent, relativement à un traité particulier, de ne pas user du droit, que leur accordent les principes généraux du droit international public, de considérer tout l'acte comme éteint, au cas de violation d'une clause du traité par un des contractants (2). Mais ici, comme dans tous les cas semblables, il ne s'agit pas de conventions ayant le caractère d'opérations juridiques ou présentant un caractère analogue (3) : il s'agit d'une réglementation objective,

(1) Cf. sur cette question très débattue la littérature citée par G. Meyer, *op. cit.*, p. 21, n. 1.

(2) Rentrent aussi dans cette hypothèse des dispositions comme celles de l'article 32 du traité entre le *Zollverein* et le San-Salvador du 13 juin 1870 (M. N. R. G., XIX, p. 484), de l'article 28 du traité de commerce entre la France et l'Equateur du 6 juin 1843 (M. N. R. G., V, p. 415) et celles aux termes desquelles l'Etat qui souffre un dommage par suite de la violation d'une clause du traité ne peut exercer son droit de rétorsion ou de représailles qu'après des essais infructueux d'accord.

(3) Il faut écarter la pensée, qu'il ne peut y avoir de conclusions de traités que dans le domaine du « droit dispositif ». A mon avis, la notion du droit dispositif est inutilisable en droit international public, parce que les sujets

puisqu'il s'agit d'une modification du droit objectif existant (1).

## II

La formation des règles de droit international par *Vereinbarung* paraît avoir une particularité qui surprend au premier abord. La création du droit, pourrait-on dire, n'est-elle pas toujours la *déclaration* d'une volonté ? Dès lors, cette déclaration peut-elle être rendue superflue par la simple *Vereinbarung*, qui n'est cependant que la *formation* d'une volonté commune ? Quand une loi est faite par une assemblée législative ou par la *Vereinbarung* de plusieurs organes indépendants de l'Etat, la loi n'est pas terminée par le vote à l'intérieur de l'assemblée ou par la *Vereinbarung* des organes : il faut encore qu'elle soit publiée. L'objection ne résiste pas à l'examen. Je ne veux pas renvoyer à différentes Constitutions qui, exceptionnellement, comme celle de l'Angleterre (2), n'exigent pas, pour qu'une loi née d'une *Vereinbarung* soit parfaite, qu'une publication spéciale ait lieu, et où il suffit qu'on ait solennellement vérifié que la

juridiques y possèdent toujours en même temps la qualité de facteurs juridiques.

(1) N'appartient pas à cette question le cas, fréquent en droit international public comme en droit interne, dans lequel une règle juridique doit être en vigueur *pendant une période déterminée* ; il en est ainsi de la *Vereinbarung* entre la Prusse et la France, au commencement de la dernière guerre, d'après laquelle les dispositions non ratifiées de l'article additionnel de 1868 à la convention de Genève devaient être appliquées pendant la durée de la guerre (Lueder, dans H.H., IV, p. 281, n. 4). Ce n'est pas une disposition spéciale, c'est une disposition générale, qui n'est limitée que dans le temps. — Que décider au cas où deux Etats fixent dans un traité d'arbitrage les règles d'après lesquelles leurs difficultés doivent être tranchées, sans cependant reconnaître l'un et l'autre que ces règles étaient déjà un droit obligatoire pour eux à l'époque où se sont passés les faits d'où sont nées les difficultés ? L'exemple le plus important est fourni par les trois fameuses « *Rules* » du traité de Washington entre l'Angleterre et les Etats-Unis du 8 mai 1871 (M. N. R. G., XX, p. 698), art. 6. Est-ce là une *Vereinbarung* créant une règle juridique pour un cas déterminé ? Je crois qu'on doit répondre par l'affirmative ; mais j'accorde qu'on peut être perplexe. La question est simplifiée, quand (ce qui a lieu dans l'exemple ci-dessus cité) les contractants ont ensemble l'intention de considérer dans l'avenir les règles en question comme règles juridiques (art. 6, dernier paragraphe). Nous avons alors affaire à une disposition générale, à laquelle on accorde une force rétroactive, limitée à un cas donné.

(2) Comp. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Fribourg, 1887, p. 19.

*Vereinbarung* s'est complètement réalisée ; car ici il entre en jeu des considérations particulières qui permettent de penser que la publication, considérée en soi comme nécessaire, est déjà contenue, pour des motifs spéciaux, dans la vérification. Ce qui suit est plus décisif. Pourquoi la publication de la volonté du législateur est elle exigée ? Parce que le contenu de cette volonté doit être obligatoire, non seulement pour celui de qui il émane, mais aussi pour les volontés des *autres*. Et cela serait impossible, si le contenu de la volonté législative n'était pas communiqué aux titulaires de ces volontés, les sujets juridiques. Mais cette raison n'existe plus quand le cercle de ceux qui sont atteints par une règle juridique coïncide avec le cercle de ceux qui ont qualité pour faire le droit : ainsi, nous avons vu qu'un règlement obligatoire seulement pour le Parlement dont il émane, en d'autres termes, une règle juridique autonome de cette assemblée, est parfait dès que la *Vereinbarung* est réalisée sur son contenu, c'est-à-dire dès le vote, et qu'il n'y a pas à faire une déclaration particulière de ce contenu à l'extérieur, à l'égard des tiers. Il en est exactement de même pour les règles du droit international public réalisées par une *Vereinbarung* entre Etats. Aucune d'elles n'est destinée à s'appliquer ou ne doit s'appliquer en dehors du cercle des Etats qui ont participé à la *Vereinbarung*. Nul Etat n'est, sans y avoir adhéré, lié par une règle née d'une *Vereinbarung*. Une majorité ne peut jamais s'imposer à un Etat, qui a manifesté son dissentiment lors de la tentative de *Vereinbarung* (1). C'est pourquoi une semblable *Vereinbarung* n'a besoin, pour sa validité au regard des tiers, d'aucune extériorisation, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de déclarer aux tiers que la volonté commune est parfaite. Un Etat qui communique à ses *sujets* le contenu d'une telle *Vereinbarung*, sous forme par exemple d'une loi, ne fait point devenir « droit » quelque chose qui n'est pas « droit », mais « transforme », si je peux provisoirement employer cette expression inexacte, le droit international public existant en droit interne. En résumé : le contenu de la volonté commune, à savoir le droit qui s'impose aux volontés particulières produisant cette volonté commune, *est* droit à l'instant même où la volonté commune est parfaite. Ce n'est pas la déclaration de la *volonté*

(1) Je reviendrai encore sur ce point.

*commune*, mais la déclaration réciproque des *volontés particulières* aboutissant à cette volonté commune, qui crée la règle juridique. C'est pourquoi il n'est ni nécessaire ni admissible de considérer cette règle juridique comme une manifestation de la volonté d'une *collectivité internationale* ou d'un *système interétatique* composé des Etats et superposé à eux en quelque sorte comme une association ou comme une personne une (1). Cette considération, évidemment, même quand cela n'apparaît pas clairement, repose au fond sur cette idée, que toute règle juridique, comme cela se passe normalement pour la législation, doit naître d'un acte particulier d'une volonté commune, différente des volontés particulières, et déjà parfaite (2).

Deux explications sont encore nécessaires.

Il peut paraître étrange que les règles du droit international

(1) Hälschner, *Eberty's Zeitschrift f. volksthüml. Recht*, I, 1844, p. 56 sq., et récemment, avec une plus grande pénétration, Beling, *Exterritorialität*, p. 9, 12 sq. En outre, Creasy, *First platform of international law*, Londres, 1876, p. 70. Opinion concordante dans Holtzendorff, H. H., I, p. 83, et *passim*. Jellinek n'est pas sans hésiter (*System*, p. 309 sq.). La pensée de la *civitas maxima*, qui a joué autrefois un si grand rôle, repose complètement sur le même fondement.

(2) Je pourrais souscrire à la remarque de Bergbohm, d'après laquelle le droit international public n'existe pas *au-dessus* des Etats, mais *entre* les Etats (*Staatsverträge*, p. 20 ; *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, p. 453, n. 33), si cela ne devait pas signifier plus qu'il n'est dit au texte, à savoir, que le droit international public doit son existence à la *Vereinbarung* entre Etats, et non pas aux décisions d'une puissance particulière placée au-dessus d'eux, qu'il est simplement règle juridique, et non pas loi (par quoi je ne veux pas dire que je trouve acceptable la conception que se fait Bergbohm de la loi, *Id.*, p. 20 sq., 52 sq.). Mais je ne peux pas accorder qu'il doive résulter de cela que ce droit lui-même ne constitue pas une force *sur* les Etats, dans le sens où on entend que tout droit interne est une force *sur* les membres de l'Etat. S'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait pas de droit international. — Comp. sur ce point notamment Fricker, *Noch einmal das Problem des Völkerrechts, Zeitschrift f. die gesammte Staatw.*, XXIV, p. 375 et sq., 379 ; Geffcken sur Heffter, *Völkerrecht*, p. 4 ; *Problem des Völkerrechts, Nord und Süd.*, XI, p. 222. Je vais montrer immédiatement à quoi aboutit en fin de compte l'opinion de Bergbohm. Ce que dit Nippold en faveur de Bergbohm (*op. cit.*, p. 3 sq., 36) est sans aucune portée ; il en est de même de sa polémique très vive contre Fricker (p. 65 sq.). Qu'on n'objecte pas qu'un droit international public « sur » des Etats est en contradiction avec leur *souveraineté*. Si tel était le cas, il serait grand temps de procéder à une révision de ce concept fameux d'une manière encore plus approfondie que ne l'ont fait à l'époque moderne des esprits célèbres. — Les anciennes appellations du droit international, *jus inter gentes, populos, civitates*, ou *droit entre les gens* ne signifient sans doute pas autre chose que *jus gentium* ou *droit des gens*.

public, qui, pour être de véritables règles juridiques, doivent contenir des ordres, des défenses, des autorisations, adressent ces impératifs ou accordent ces autorisations à ceux-là mêmes dont la collaboration a créé la règle juridique. Certaines institutions, dans le domaine du droit public, nous prouvent, à mon avis, qu'il ne s'agit point là de quelque chose d'extraordinaire. Je ne vise point par là une théorie, qui, dans la littérature des publicistes contemporains, tient une place, me semble-t-il, démesurément large, la *théorie de la limitation de l'Etat par lui-même* (1). Je crois que c'est trop estimer ce théorème, que d'attendre de lui l'explication des problèmes les plus importants du droit public. Je pense au contraire que la raison pour laquelle on peut parler sans manquer de logique d'une autolimitation de l'Etat réside dans une conception exacte de l'Etat et du droit public. Il est certainement exact, dans le domaine de l'éthique, que la volonté peut se soumettre à ses propres ordres. Mais qu'une limitation juridique puisse être imposée à un sujet vis-à-vis d'autres sujets seulement par son propre commandement interne, je tiens cela pour une chimère. On ne doit pas confondre le fondement non-juridique de la force obligatoire du droit avec la forme de sa création. Je peux certes considérer comme obligatoire pour moi le contenu d'une autre volonté, parce que ma volonté est d'accord avec elle ; il peut se faire que le droit soit généralement reçu précisément parce que la volonté particulière est contenue dans la volonté commune créatrice du droit, et qu'il ne continue d'être ainsi reçu, qu'autant que la volonté particulière est contenue dans cette volonté commune. Je ne soutiens pas cela ; je dis que c'est *possible*. Mais ceci n'expliquerait qu'une chose : pourquoi je suis soumis à une volonté étrangère ; cela n'expliquerait pas que je puisse créer un droit entre moi et un autre par un ordre à moi-même. Mais ce qui est inconcevable pour l'individu, l'est aussi pour l'Etat. L'Etat n'est qu'une abstraction, formée d'une

(1) Elle a été soulevée par Bergbohm, *Staatsverträge*, p. 19, 39 et développée complètement par Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Vienne, 1880, particulièrement p. 9 sq. — V. aussi le même, *Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 31 sq. ; *Gesetz und Verordnung*, p. 199 et les auteurs cités, n. 11 ; *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, p. 184 sq., 222 sq. ; Binding, *Normen*, 1, 2e édit., Leipzig, 1890, p. 18 ; Nippold, *Vertrag*, p. 19 sq., 194 sq.

profusion de divers phénomènes réels ; sans les « organes », par lesquels il se présente à nous, l'Etat n'est rien. Cette abstraction n'est pas seulement formée par nous « pour la facilité de notre pensée et de notre langage » (1). Elle est plutôt l'expression essentielle de notre conception d'ensemble sur les rapports de puissance publique ; cela nous serait aujourd'hui insupportable de ne devoir considérer dans celui des simples mortels qui se dresse devant nous, commande et contraint, qu'un simple particulier en tant que tel, au lieu de le considérer plutôt comme un membre de la communauté, agissant dans l'*intérêt* de la communauté et comme *représentant* de celle-ci. Toujours est-il qu'en les considérant dans leur réalité, tous les rapports entre l'Etat et ses membres sont toujours des rapports de particuliers à particuliers ; ils ne doivent qu'à la situation publique de quelques-uns l'importance prépondérante qu'ils ont vis-à-vis des autres rapports de la vie sociale. C'est pourquoi il est possible qu'un système juridique créé par l' « Etat » impose des *devoirs juridiques* à ces « *organes* » vis-à-vis des autres membres de la communauté ou vis-à-vis d'autres organes, et nous pouvons nous représenter l'Etat lui-même comme le support (*Träger*) de ces devoirs (2). Ainsi, cette « autolimitation » de l'Etat au moyen du droit créé par lui-même ne prouve rien en faveur de la thèse, d'après laquelle un sujet peut créer une règle juridique entre lui-même et autrui simplement au moyen d'un acte qui le lie. En particulier, elle ne conduit pas « inévitablement » à penser que l'Etat peut créer, au moyen de cette autolimitation, du droit objectif entre lui et d'autres Etats (3). Je

(1) Hänel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, II, p. 231.

(2) En ce sens, Thon, *Rechtsnorm.*, p. 140 sq. ; le même, *Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht.*, X, p. 718 sq.; Fricker, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss.*, XXXIV, p. 379 sq. Tezner, *Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht*, XXI, p. 161 sq. aboutit *en réalité* à la même conclusion.

(3) Stoerk, dans le *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts* de Stengel, II, Fribourg, 1890, p. 516. Contre l'opinion que je combats : Seligmann, *Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge*, p. 16 sq. ; Klöppel, *Gesetz und Obrigkeit*, Leipzig, 1891, p. 106, mais avec une formule inexacte (contre lui encore, Jellinek, *System*, p. 223, n. 1) ; Brie, *Staatenverbindungen*, p. 19 sq. Par contre, les explications de B. Schmidt, *Der Staat*, p. 81 sq., sur la théorie de l'autolimitation de l'Etat, dans la mesure où cette théorie s'applique aux rapports de l'Etat avec ses sujets, ne sont guère fondées. Il en est de même de Hölder, *Ueber objektives und subjectives Recht*, Leipzig, 1893, p. 31 sq., et de beaucoup d'autres qui ne veulent pas reconnaître

ne peux pas me représenter une règle de droit, qui n'est pas un pouvoir *au-dessus* des sujets auxquels elle s'applique, et, si elle est un pouvoir *au-dessus* des sujets, l'un d'eux ne peut pas, par une décision souveraine, la créer contre lui-même. Le droit créé unilatéralement par l'Etat pour ses rapports avec les autres Etats n'est pas du droit international : c'est un « droit public externe » (*äusseres Staatsrecht*), ou de quelque autre nom qu'on voudra l'appeler. Dans la règle du droit international, ce n'est pas seulement sa propre volonté qui s'oppose à l'Etat : c'est une *volonté commune*, née de la *collaboration* avec les autres volontés étatiques (1).

un rapport de droit et de devoir entre l'Etat et ses sujets. Pour étudier davantage cette question discutée, il faudrait se livrer à des recherches plus étendues sur les rapports entre le droit et l'Etat.

(1) La doctrine que le droit international ne repose que sur la volonté de l'Etat a d'abord été le point capital de la théorie de Hegel (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, par Gaus, 3e édit., Berlin, 1854, p. 416 sq. V. not. p. 419 : Les droits qu'ont les Etats les uns contre les autres « doivent leur efficacité non pas à une volonté générale, constituée en vue d'un pouvoir sur les Etats, mais à *leur volonté particulière* »). A cet auteur se rattache notamment Pütter, *Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft*, Leipzig, 1843, p. 8 sq., 15 sq. ; *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissench.*, VI (1850), p. 299 sq. Ces auteurs se sont rendu compte d'ailleurs que leur conception *annulait* le droit international, le réduisait à n'être qu'un « droit public externe ». Comp. Pütter, *Beiträge*, p. 9 : « Il peut paraître douteux que cette loi (c'est-à-dire la loi qui règle la conduite de l'Etat vis-à-vis des autres Etats) puisse être désignée du nom ancien de droit international ». Sur et contre Hegel, v. Kahle, *Darstellung u. Kritik der Hegel'schen Rechtsphilosophie*, Berlin, 1845, p. 104 sq. ; v. Kaltenborn, *Kritik*, p. 149 sq. ; Berner, article « *Völkerrecht* », dans le *Deutsches Staatswörterbuch* de Bluntschli et Brater, XI, p. 77 sq. ; mais surtout la discussion fondamentale de Fricker, *Das Problem des Völkerrechts*, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch.*, XXVIII, p. 97 sq. Sur Pütter, comp. v. Kaltenborn, *Kritik*, p. 162 sq. ; v. Mohl, *Geschichte u. Litteratur d. Staatswiss.*, I, Erlangen, 1855, p. 381 sq. — Dans ces derniers temps, Bergbohm, *Staatverträge*, etc..., a entrepris de développer cette idée que le caractère obligatoire du droit international ne repose que sur la volonté *propre* des Etats particuliers (not., p. 19, 39, 60, 81 sq.), et ne constitue aucun pouvoir *sur* les Etats. La critique pénétrante de Fricker, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss.*, XXXIV, p. 368 sq., à laquelle je souscris entièrement, m'épargne la nécessité d'une nouvelle réfutation. Si le droit international doit être ramené « *aux volontés expresses et concordantes* (des Etats) pour *leurs* relations et s'il doit être limité à *leurs* territoires » (Bergbohm, p. 60), si l'autorité qui établit le droit international « n'est qu'un *agrégat* de volontés particulières souveraines, dont chacune soumet à *son* droit *son* territoire particulier, indépendant de toutes les autres » (p. 89), si toute règle du droit international devient caduque dès qu'un Etat s'en délie (*id.*), je ne peux pas trouver là-dedans un droit international, qui serait quelque chose d'autre qu'un « droit public externe », et je

Ce n'est pas la soi-disant autolimitation de l'Etat qui constitue l'analogie de droit interne que nous cherchions. Cette analo-

ne peux pas davantage comprendre les critiques adressées par Bergbohm à Hegel (p. 5, n. 1), duquel il se rapproche lui-même beaucoup. Les discussions de Jellinek, *Rechtl. Natur der Staatenverträge*, p. 45, 46 sq., reposent sur des idées analogues : « Les normes par lesquelles *il* (l'Etat) règle ses rapports avec les autres Etats, forment le droit international objectif, qui, au point de vue formel, repose ainsi sur *la* volonté de l'Etat, *comme* le droit en vigueur *à l'intérieur de l'Etat* », p. 46. Jellinek veut démontrer que le droit international, conçu de cette façon, ne doit *pas* être construit seulement comme un « droit public externe » ; mais sa démonstration me paraît échouer. La qualité qu'ont les hommes d'être sujets de droit, explique-t-il, repose juridiquement sur leur reconnaissance par l'Etat. Mais si l'Etat peut élever à la personnalité juridique un individu qui lui est soumis et créer des droits entre lui-même et cet individu, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas en faire autant pour une *personnalité semblable* à lui, Etat. Nulle part, tant entre individus qu'entre Etats, un droit ne peut être créé que si l'un reconnaît l'autre comme titulaire de droits. Mais les Etats *doivent* procéder à cette reconnaissance, s'ils veulent entretenir des relations les uns avec les autres. Il n'est pas *nécessaire* qu'ils entrent en relations ; mais s'ils le font, ils doivent se reconnaître comme existences juridiques. De plus, les relations des Etats sont d'une *valeur objective*, fondée sur la *nature* des Etats et sur les buts qu'ils poursuivent. « Quand un Etat, par sa libre volonté entre en relations avec les autres Etats, il accepte dans sa volonté les moments objectifs qui régissent ces relations ; ces moments deviennent des normes, qui lient sa volonté par sa volonté. » D'où il résulte que ces règles, créées par des Etats différents en vertu d'un acte particulier de volonté, concordent, non point par hasard, mais nécessairement. Je ne veux qu'indiquer incidemment que Jellinek me paraît ici introduire, comme source du droit international, à la place du « pouvoir » *sur* les Etats, qu'il a en horreur, quelque chose qui n'est certainement pas moins regrettable, à savoir : la « nature des choses », et que ses idées, ainsi que celles tout à fait semblables de v. Holtzendorff (v. ci-dessus, p. 63, en note) sont bien près, malgré sa protestation (p. 49), de fonder le droit international sur le droit naturel. En outre, je ne fais qu'exprimer l'hypothèse que la « reconnaissance de la personnalité juridique » de Jellinek, qui résulte de ce que les Etats entrent en relations, n'est pas très éloignée de ma *Vereinbarung*. Mais, abstraction faite de tout cela, Jellinek ne prouve qu'une chose : c'est que la création unilatérale du « droit international » par des Etats différents fait apparaître plusieurs « droits publics externes », qui ont le *même contenu*, non point par hasard, mais nécessairement. Il semble même qu'il ne veut pas prouver davantage (p. 47, 49, etc... ; v. aussi Brie, *Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht*, XI, p. 113). Mais c'est là un « droit général » et non un droit qui lie réciproquement les Etats. La conséquence doit être que l'Etat peut, sans violer le droit, se délier des règles du droit international. On ne peut pas objecter qu'il ne pourra pas faire cela sans abjurer toutes relations avec les autres Etats ; car l'expérience prouve le contraire. La tentative faite par Nippold (*op. cit.*, p. 46 sq., 191 sq.) pour échapper à cette conséquence de la théorie de Bergbohm, qu'il accepte malgre cela (p. 18 sq.), est complètement manquée. — A. Merkel, *Jurist. Encyklopädie*, p. 365, s'est aussi prononcé contre la théorie que nous combattons ici.

gie se rencontre plutôt dans les cas où une pluralité de personnes, ayant capacité à l'intérieur de l'Etat pour créer du droit, édicte des règles juridiques qui ne s'adressent qu'aux membres de cette pluralité. Nous avons des exemples à foison dans les nombreuses normes, qui doivent leur apparition à l'autonomie des unions incorporées à l'Etat, et aussi dans les nombreuses lois de toute véritable démocratie, où « ceux qui commandent sont aussi ceux qui obéissent » (1).

III

Il nous reste encore à résoudre une *deuxième* question : d'où cette soi-disant volonté commune, de laquelle et dans laquelle doit naître le droit international, tire-t-elle donc sa force obligatoire ? Quand, à l'intérieur d'une communauté étatique, la volonté d'où naît une règle juridique est une volonté commune issue d'une *Vereinbarung*, la capacité qu'a cette volonté de lier non seulement les autres volontés particulières qui n'ont pas participé à sa formation, mais aussi les volontés particulières qui aident à sa formation, résulte d'une règle juridique antérieure, la Constitution de l'Etat. Mais, d'après ce qui a été exposé dans les pages précédentes, il n'existe pas, pour la *Vereinbarung* d'où sort la règle du droit international, un fondement qui ait cette solidité. Car ce fondement ne pourrait être encore qu'une règle du droit international, et celle-ci devrait également sortir, conformément à la théorie que nous défendons, d'une *Vereinbarung*. A cela, on doit répondre qu'en vérité, dans le système juridique étatique, on n'est pas mieux placé qu'ici pour justifier la force obligatoire d'une volonté commune. Certes, cette force repose sur la loi, peut-être sur la Constitution. Mais d'où celles-ci tirent-elles leur force ? D'une loi plus ancienne ? On le voit, on ne peut que reculer la question ; on ne peut pas y répondre *juridiquement* (2). On doit toujours et partout en arriver à un point

(1) V. déjà Glafey, *Recht der Vernunft*, 3e édit., Francfort et Leipzig, 1746, § 307, p. 194.

(2) Si on admet que les Etats souverains, en se réunissant en un Etat fédéral, peuvent créer une nouvelle source de droit, dont les lois s'imposent aux Etats fondateurs, on doit reconnaître aussi qu'ils peuvent, sans cette création d'un Etat, produire une volonté commune qui les lie. La *première* loi constitutionnelle du nouvel Etat fédéral ne tire pas davantage sa validité d'une loi antérieure, et pourtant personne ne lui conteste le caractère

où une explication *juridique* du caractère obligatoire du droit lui-même devient impossible. Le « fondement » de la validité du droit est en dehors du droit. En quoi consiste-t-il ? Je ne peux certes pas résoudre en deux mots cette question, la plus importante de toutes les questions « métaphysico-juridiques ». Je dois me restreindre à quelques indications, dans lesquelles d'ailleurs je n'envisage que le caractère obligatoire *des règles du droit international*, et non point de *tout le droit.* J'estime que la force obligatoire du droit international réside d'abord en ce que la volonté commune, dont l'Etat considère le contenu comme la norme de sa conduite vis-à-vis des autres Etats, ne constitue pas pour l'Etat une volonté complètement étrangère ; elle est *en même temps* sa propre volonté, de sorte qu'elle ne lui impose rien qu'il ne se soit lui-même imposé. Ce n'est pas *seulement* sa propre volonté : nous avons vu cela, ce n'est pas néanmoins une volonté complètement étrangère. Certes, la volonté de l'Etat qui coopère à la formation de cette volonté commune, n'est pas immuable. Elle peut se modifier, en ce sens que l'Etat ne participerait pas *maintenant* à la formation de la volonté commune comme il l'a fait *auparavant.* Est-il cependant tenu par la règle juridique ? Je crois qu'on peut se contenter d'affirmer qu'il se *sent* tenu par cette règle. C'est un fait qu'on ne peut nier en renvoyant à des violations de droit. On peut tirer de ce fait d'autres déductions, mais c'est en tout cas inutile pour les juristes.

Une conclusion ressort de tout ceci avec une inéluctable nécessité : une volonté commune, formée dans le domaine du droit international, ne peut absolument pas naître d'une décision prise à la majorité. Si, dans la sphère du droit interne, la volonté concordante d'une *majorité* peut être considérée comme la volonté commune du collège, c'est en vertu *seulement* de la règle de droit qui régit la formation de cette volonté et qui peut assimiler la volonté de la majorité à la volonté de tous. Mais quand un accord de volonté, qui ne tire pas sa force d'une règle juridique « supérieure », doit créer du droit pour ceux qui y participent, c'est-à-dire quand il s'agit d'une « création juridique originaire » (1), seule la volonté concordante de *tous*

obligatoire. Si une chose est possible, *à fortiori* l'autre doit-elle pouvoir l'être aussi.

(1) V. not. Stammler, *Wirthschaft und Recht*, p. 502 sq., en particulier, p. 508 sq.

peut être le moyen de formation d'une volonté commune. De là deux conséquences.

Il est d'abord impossible qu'une *règle* de droit international, créée par *Vereinbarung*, s'applique aux Etats qui n'ont pas pris part à cette *Vereinbarung*. Les décisions d'un Congrès, par exemple, qui ont pour but de créer du droit, ne peuvent jamais s'imposer aux Etats qui se sont trouvés en minorité lors du vote, ou qui sont complètement restés à l'écart du Congrès (1). Comme le droit international ne peut naître que par *Vereinbarung*, et qu'on ne peut pas démontrer l'existence d'une *Vereinbarung* à laquelle auraient participé *tous* les Etats existants, il ne peut pas y avoir un droit international *général*, au sens d'un droit s'imposant également à tous les Etats. Toute règle de droit international a une validité limitée, mesurée d'après le nombre des Etats qui ont participé à sa formation, et qui n'embrasse dans chaque cas qu'une partie du monde international. Il n'y a, pour ainsi dire, qu'un droit international « *particulier* » ; il y a des règles qui valent pour deux ou trois Etats ou davantage, mais il n'y en a pas qui vaillent pour tous les Etats (2) ; on ne

(1) V. la disposition expresse de la déclaration de Paris de 1856, relative au droit maritime, dernière phrase : « La présente déclaration n'est et ne sera obligatoire qu'entre les puissances qui y ont ou qui y auront accédé ». — Sur les opinions divergentes, v. Bergbohm, *Staatsverträge*, p. 86, n. 1. (Les propositions de Bluntschli, que Bergbohm trouve contradictoires, s'expliquent, à mon avis, par la conception d'ensemble qu'a cet auteur du droit international, lequel ne serait pas créé, mais reconnu). — Il n'y a pas à examiner pourquoi un Etat *nouvellement créé* est *ipso facto* tenu par le droit international auquel ont consenti les Etats plus anciens, bien que d'ailleurs la majorité ne puisse lier la minorité (Jellinek, *System*, p. 310). V. ci-dessous, p. 101. L'opinion de Jellinek ne s'explique que par une conception inexacte de la nature de la « communauté internationale » et de la « qualité de membre » de cette communauté.

(2) C'est pour cela qu'on ne peut absolument pas répondre à la question, qu'on traite si souvent encore aujourd'hui, de savoir si *le* droit international est applicable aux relations avec les Etats non européens, ou non chrétiens, ou non civilisés, quand elle est posée sous cette forme On peut se donner la peine de rechercher si les différentes règles sont ou non « applicables », c'est-à-dire se demander si telle ou telle règle, par le moyen qui seul engendre le droit international, est devenue obligatoire pour ces Etats et vis-à-vis d'eux. L'idée d'un droit international général dérive de l'idée d'un droit naturel. Il est évident que si le droit existe par nature et n'a pas besoin d'être créé, il n'y a pas à examiner pourquoi il n'y aurait pas un droit obligatoire pour tout le monde international. Aussi, chaque fois que nous rencontrons cette idée dans un écrivain moderne, nous

peut tirer un droit international « général » de ces droits particuliers, qu'en comparant et en réunissant les règles juridiques qui sont également en vigueur dans plusieurs ou dans de nombreux groupes étatiques en vertu d'une source juridique différente : il y a par exemple un droit d'extradition « général » ; — c'est exactement de la même façon qu'on peut arriver à tirer un « droit privé allemand » des droits particuliers allemands, et un « droit public général » des droits publics des différents Etats (1). Il est inexact de dire que toute règle de droit international, qui ne vaut au début que pour quelques Etats, *tend* à devenir droit pour tous ; c'est une erreur aussi que d'utiliser ce point de vue pour distinguer entre les « traités » qui sont une opération juridique, et ceux qui créent du droit (2). Il y a là une formule fausse donnée à une idée juste en soi. Puisque, en effet, le « contrat », comme on l'a expliqué ci-dessus, ne tolère que *deux parties* et que la *Vereinbarung* au contraire est, par nature, « pluralistique », on ne peut admettre une *Ve-*

trouvons en même temps qu'il fonde le droit international sur le droit naturel. V. par exemple Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 63 ; Creasy, *op. cit.*, p. 27 sq. ; Chrétien, *Principes de droit international public*, Paris, 1893, p. 5 sq. Les écrivains anciens et modernes qui enseignent le droit naturel et qui reconnaissent à côté d'un droit international naturel un droit international positif accordent du moins logiquement que celui-ci ne peut pas être « général ». Glafey, *op. cit.*, p. 193 sq., est particulièrement net. Parmi les modernes, v. entre autres Halleck, *International law*, I, p. 50. Le principe posé au texte est généralement reconnu par la théorie moderne « positiviste » du droit international, bien qu'il ne soit pas toujours clairement exprimé.

(1) J. J. Moser appelle déjà le « droit international issu de traités semblables passés entre un grand nombre de puissances souveraines » un « droit international collationné » ; *Grundsätze des jetzt üblichen europ. Völkerrechts*, Francfort, 1763, § 29. Parmi les auteurs contemporains, v. Bergbohm, *Staatsverträge*, p. 82 sq., et les auteurs qu'il cite ; il faut y ajouter : Carnazza-Amari, I, p. 56 sq. ; Renault, *Introduction*, p. 39 ; Pradier-Fodéré, I, p. 84 sq.

(2) Ainsi, v. Holtzendorff, H. H. I, p. 98 (quand les Etats veulent créer du droit objectif par un traité, ils doivent chercher à établir une norme qui soit « susceptible d'une application générale ») ; mais surtout Pradier-Fodéré, I, p. 82 sq. ; Chauveau, *op. cit.*, p. 75 ; Leseur, *op. cit.*, p. 31 sq. ; v. aussi Piedelièvre, *Précis*, I, p. 25 sq. D'autre part, Bulmerincq, *Völkerrecht*, p. 186-187, va trop loin quand il dit que tout le droit international est général, d'après sa « tendance ». C'est une erreur aussi que de tirer de la distinction entre les *traités spéciaux* et les *traités collectifs*, cette conséquence que ceux ci peuvent créer des règles juridiques, et non pas les premiers ; v. Wharton, *Commentaries on law*, Philadelphia, 1884, p. 235 ; Piédelièvre, Chauveau et Despagnet, *loc. cit.*

*reinbarung* et par suite une règle du droit international, que lorsque, non seulement deux ou plusieurs Etats, mais des Etats en nombre illimité *auraient pu* prendre part à l'accord. Mais cela ne veut pas dire que dans chaque cas les Etats créateurs du droit *ont eu en vue* une conversion du contenu de leur *Vereinbarung* en une règle de droit de validité générale. Par exemple, la *Vereinbarung* qui établit ce qu'on appelle la Constitution d'une « Confédération d'Etats » (1) ne prévoit généralement pas dès le début une augmentation du nombre des participants. Il est exact seulement, que dans de très nombreuses *Vereinbarungen* modernes, les Etats sont animés du désir d'élargir le plus tôt possible le domaine d'application, au début limité, de la règle juridique, et que, dans ce but, ils facilitent l' « adhésion » de nouveaux Etats (2) ; on peut précisément donner comme exemples les plus importantes de ces règles. Il est même possible que deux ou plusieurs Etats ne veuillent considérer comme obligatoire pour eux une règle juridique sur laquelle ils sont d'accord, que si d'autres Etats adhèrent à

(1) On ne peut pas contester que dans ce qu'on nomme les « lois fondamentales » d'une Confédération d'Etats, en particulier dans celles de l'ancienne Confédération germanique, il ne s'agit pas de lois, mais de droit objectif, à savoir de *droit international*. Dans cette limite, l'expression « droit confédéral » (*Bundesrecht*) était complètement justifiée. Exacts, Klüber, *Offentl. Recht des deutschen Bundes*, 4e édit., Francfort, 1840, p. 10 ; v. Kaltenborn, *Einleitung in d. constitut. Verfassungsrecht*, Leipzig, 1863, p. 172 ; Mejer, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 2e édit., 1884, p. 258 ; Jellinek, *System*, p. 196 ; G. Held, *System des Verfassungsrechts der monarch. Staaten Deutschlands*, I, Würzburg, 1856, p. 471 sq. Le droit confédéral, comme tout le droit international, n'était naturellement obligatoire que pour les Etats en tant que tels ; il ne l'était pas pour leurs sujets ; aussi doit-on nettement le distinguer du droit particulier provoqué par des dispositions du droit confédéral, et qui n'était *pas* du droit confédéral. V. not. Laband, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 3e édit., I, Fribourg et Leipzig, 1895, p. 7 sq. Si habituellement on ne se décide pas à considérer le droit confédéral comme un véritable droit, cela provient de ce qu'on refuse d'admettre que le contrat puisse produire du droit. Et certes on a raison ; mais le droit confédéral n'avait nullement été établi par un véritable « contrat ». Sur les décisions de la majorité, v. ci-dessous, p. 85.

(2) En invitant les autres Etats à adhérer, ou en décidant que l'adhésion d'un Etat non-participant, manifestée à un seul des Etats participants, vaudra comme déclaration à l'égard de tous. — Comp. par exemple la convention littéraire de Berne du 9 septembre 1886 (M. N. R. G. ², XII, p. 173 ; *R. G. Bl.*, 1887, p. 493), art. 18.

la *Vereinbarung* (1) ; mais cela n'est pas *nécessaire*, et peu importe, en somme, au concept de la règle de droit internationale, qu'elle vaille pour beaucoup ou pour peu d'Etats, ou même pour deux Etats seulement (2).

La seconde conséquence qui résulte des principes que nous avons posés sur la validité des normes du droit international, est la suivante. S'il est exact que, en soi et pour soi, une règle du droit international ne peut naître que d'une « décision » *unanime* des Etats, parce qu'il n'y a pas de règle *supérieure* qui oblige à considérer une décision de la majorité comme *Vereinbarung* de la totalité, la création du droit international par décision d'une majorité doit être possible à l'intérieur d'un groupe d'Etats, *quand* il existe une règle véritable du droit international par suite de laquelle les *Vereinbarungen* d'une majorité doivent être considérées comme *Vereinbarungen* de la totalité. Ici, exactement comme dans le droit interne, la décision de la majorité reçoit une efficacité qu'elle ne *pourrait* pas avoir, si elle ne lui était pas concédée par le droit objectif. Quand des décisions de majorité de cette sorte sont destinées à établir des normes objectives, elles créent un véritable droit international, aussi bien que la *Vereinbarung* unanime d'où elles tirent leur force. L'exemple le plus naturel nous est offert ici également par

(1) Ce serait le cas, par exemple, des *Rules* du traité de Washington, si l'opinion qu'a soutenue dans la suite l'Angleterre était exacte. Dans le traité lui-même, cette idée n'a pas été exprimée.

(2) L'idée qu'il y a un droit objectif qui ne vaut qu'entre deux sujets ne peut surprendre qu'un instant. Le droit interne contient suffisamment de règles juridiques dont les dispositions n'établissent de droits et de devoirs qu'entre deux personnes concrètes : qu'on pense aux règles qui déterminent les droits financiers du monarque envers l'Etat. Si l'on admet que le droit international naît par *Vereinbarung*, cette conséquence est inéluctable. Si la déclaration de Paris relative au droit maritime contient un véritable droit objectif, on ne comprendrait pas pourquoi des *Vereinbarungen* antérieures ou postérieures, dans lesquelles *deux* Etats seulement déclareraient obligatoires pour eux-mêmes des règles semblables à celles de la déclaration de Paris, auraient des effets différents. On ne doit pas oublier d'ailleurs que chacun de ces Etats constitue un peuple entier et que la plupart des règles en question du droit international sont dès le début destinées à « passer » sous une forme quelconque dans le droit interne. Quand un traité international ne peut pas donner lieu à cette transformation, c'est que ce traité est un véritable contrat et ne crée pas de droit objectif. Aboutissent, entre autres, à cette conclusion : Rachel, *De jure naturae et gentium*, p. 256 sq. ; Günther, *Europ. Völkerrecht*, I, § 24 ; Bergbohm, *Staatsverträge*, p. 82.

les unions d'Etats, notamment par la Confédération d'Etats (1). On a contesté avec raison que dans ce qu'on appelait les décisions confédérales (*Bundesbeschlüsse*), qui étaient prises à la majorité dans la réunion plénière ou dans le conseil restreint de l'assemblée fédérative de la Confédération germanique, il se soit agi de *contrats* entre les membres de la Confédération (2) ; à mon avis, il ne pouvait être question de rien de semblable. Nous avons affaire ici à de véritables « décisions » d'un organe collégial de l'Union, à qui la capacité d'agir à la majorité des voix avait été accordée par le « droit constitutionnel objectif » de la Confédération, par la « loi fondamentale ». Si le contenu de ces décisions consistait en règles ordonnant pour l'avenir et d'une façon permanente les rapports des membres confédérés entre eux, ce contenu n'était pas moins un droit objectif que le contenu des « lois fondamentales » — de même à peu près que, dans l'Etat, le règlement, bien que naissant d'une autre manière que la loi, crée comme celle-ci du droit objectif, précisément parce qu'il tient d'elle ce pouvoir (3). L'exemple du *Zollverein* allemand, après le traité du 8 juillet 1867 (*B. G. Bl.*, p. 81 sq.), montre d'ailleurs combien peut être courte la transition qui conduit de la création du droit international dans une *union* d'Etats à la création de la loi dans un *Etat*, et combien peu on est fondé à considérer les décisions des organes de l'Union comme des contrats incapables de créer du droit. La création du « droit de l'union douanière » était réalisée par le *Bundesrath* et le Parlement douaniers, avec une certaine collaboration de la présidence de l'Union, exactement suivant les mêmes formes que celles qui étaient suivies, dans la Confédération de l'Allemagne du Nord,

(1) C'est aussi le cas des règlements et réglementations analogues des commissions dites internationales, auxquelles une disposition particulière du droit international a accordé la capacité d'édicter des mesures de ce genre par voie de décisions prises à la majorité et sans avoir besoin de la ratification de leurs Etats. Comp. Leseur, *op. cit.*, p. 31, n. 2.

(2) G. Meyer, *op. cit.*, p. 34, 108 sq. On ne peut cependant pas les qualifier de *lois* ; du moins, ne le peut-on qu'en donnant à ce mot un sens anormal. Autres auteurs dans G. Meyer, *loc. cit.*

(3) Cette analogie a déjà été remarquée par d'autres, mais à propos des décisions des commissions internationales. Chauveau, *op. cit.*, p. 82, n. 1. Il y a des indications analogues dans v. Holtzendorff, H. H., I, p. 108, et Rivier, *Lehrbuch*, p. 14 ; *Principes*, I, p. 38 ; elles sont mélangées, dans le premier de ces auteurs, d'une idée inexacte. Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*, p. 393, est un peu différent.

pour la création du droit de la Confédération par le *Bundesrath* et le *Reichstag* avec une certaine collaboration de la présidence de la Confédération. Cependant, les lois de l'Union étaient des normes du droit international ; les lois de la Confédération de l'Allemagne du Nord étaient des normes étatiques. Les premières ne se différenciaient en rien, d'après leur caractère formel, des « lois confédérales » de la Confédération germanique ; et elles « devenaient » droit interne des Etats de l'Union, aussi bien que les lois de la Confédération, en vertu simplement de la publication qu'en faisaient les Etats de l'Union.

Si le contenu d'une *Vereinbarung* destinée à créer une règle, constitue pour les Etats qui y ont participé une véritable règle de droit, il est impossible qu'un des Etats qu'elle atteint s'en libère unilatéralement. Quand une règle de droit a été créée par *Vereinbarung*, elle ne peut être annulée que par *Vereinbarung* ; ce qui est né par la formation d'une volonté commune ne peut être anéanti que par une modification de cette volonté commune elle-même, et non pas par le changement d'une volonté particulière, comprise dans la volonté commune. Certes, la force obligatoire de la volonté commune pour la volonté particulière repose essentiellement sur ceci, que la volonté particulière, ayant collaboré à la formation de la volonté commune, ne se voit pas opposer une volonté purement étrangère ; mais ce n'est pas *seulement* sa propre volonté qui, dans la règle internationale, lie la volonté de l'Etat (1). Aussi ne suffit-il pas *qu'un* Etat déclare que sa volonté a changé, pour que la règle juridique, proclamée auparavant avec son consentement, cesse d'être en vigueur à son égard. Si cette déclaration constitue un acte contraire à la volonté commune ou si elle est accompagnée d'un acte contraire à la volonté commune, on doit la considérer comme une violation du droit. On voit combien il importe sur ce point de distinguer nettement entre le contrat et la *Vereinbarung* créatrice de droit. On sait que, quand une partie a violé une disposition quelconque d'un *contrat* international, l'autre partie a le droit

(1) Bergbohm, comme conséquence de l'opinion divergente dont nous avons parlé ci-dessus, a aussi sur ce point un avis opposé. Mais si toute règle du droit international cesse d'être en vigueur pour l'Etat qui la répudie unilatéralement (*op. cit.*, p. 89 sq.), il ne reste alors plus rien d'un *droit international*. Contre Bergbohm, comp. Fricker, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch.*, XXXIV, p. 382 sq. ; Renault, *op. cit.*, p. 37 sq. ; Leseur, *op. cit.*, p. 33, n. 1.

de déclarer le contrat éteint et de le traiter comme tel. On ne peut pas soutenir, dans sa généralité, une pareille opinion en ce qui concerne la *Vereinbarung* créatrice de droit. La simple violation de la règle juridique créée par la *Vereinbarung* ni n'annule cette règle, ni ne donne, *par elle-même*, à la partie lésée le droit de déclarer la règle éteinte pour l'avenir, sans préjudice naturellement de tous les moyens de coercition du droit international, qui, sous forme de représailles, de rétorsion, etc..., permettent à la partie lésée de forcer l'autre partie à exécuter ses obligations ou à réparer le dommage (1). Certes la violation d'une règle juridique de cette sorte peut en même temps constituer une déclaration, d'après laquelle la partie ne voudrait plus être liée par cette règle ; il va de soi qu'ensuite la partie lésée peut faire une déclaration de même contenu ; d'où il résulte que la règle juridique, précisément au moyen d'une *Vereinbarung*, cesse d'exister pour les Etats en question. Mais toute violation du droit ne constitue pas nécessairement une déclaration ayant pour but de supprimer la règle juridique, et, la *Vereinbarung* ne peut pas être rompue sans une déclaration de retrait de toutes les parties qui y ont participé (2). Il va de soi, à l'inverse, qu'une règle juridique qui vaut entre

(1) Exacts, Wharton, *Commentaries*, p. 235 (§ 157), n. 1 ; Jellinek, *System*, p. 299 ; Rulf, dans l'*Osterreischisches Staatswörterbuch*, II, 2, Vienne, 1897, p. 1123.

(2) Il peut paraître délicat de refuser à une partie le droit de se retirer d'une *Vereinbarung* au cas de violation par l'autre partie, surtout lorsqu'il s'agit de *Vereinbarungen* conclues seulement entre deux Etats : il n'en est rien lorsqu'on examine les choses d'un peu plus près. D'abord, ainsi qu'on l'indique au texte, dans les cas les plus importants le *droit* de retrait est remplacé par la *faculté* que possède l'autre partie d'approuver la déclaration éventuelle de la modification du droit, telle qu'elle résulte de la violation. En outre, les *Vereinbarungen* qui créent des règles de droit sont fréquemment, beaucoup plus fréquemment que les véritables contrats, conclues pour une durée déterminée ou soumises au droit de dénonciation. (Inexact, Jellinek, *System*, p. 299 ; cependant les *Vereinbarungen* créatrices de droit qu'il donne comme exemple ne sont pas conclues pour une durée déterminée et ne peuvent être dénoncées. Exact au contraire, E. Meier, *Ueber den Abschluss von Staatverträgen*, Leipzig, 1874, p. 26 sq.). Il est naturel qu'un Etat, à qui les chaînes d'une règle internationale paraissent trop lourdes, cherche à s'en débarrasser. Dans les cas extrêmes, le sort des armes décidera. Mais conclure de cette possibilité à la fragilité du droit international et lui refuser pour cette raison l'existence, cela n'est permis qu'à celui qui nie l'existence d'un droit constitutionnel, puisque ce droit est menacé par la révolution et par la disparition de l'Etat. La question

un grand nombre d'Etats cesse d'être en vigueur à la suite de *Vereinbarungen* intervenues entre quelques-uns de ces Etats ou entre tous ces Etats et un ou plusieurs d'entre eux, à l'égard des relations d'une partie de ces Etats avec l'ensemble, sans cependant disparaître pour les autres Etats (1) ; et ainsi le domaine d'application d'une règle peut se rétrécir aussi bien que s'élargir.

## IV

Il ne peut pas être dans mes intentions de tracer ici un tableau complet des *formes* et des *catégories* de *Vereinbarungen internationales créatrices de droit*. Je ne veux donner qu'une ébauche : j'insisterai plus particulièrement sur quelques points, qui présentent de l'importance pour notre sujet.

Toute règle juridique est volonté déclarée d'une source de droit. Mais la déclaration a pour but de rendre une certaine règle obligatoire pour les hommes. Par suite, toute déclaration d'une règle juridique comprend deux éléments : la déclaration de la *règle* et la déclaration de la *volonté* qu'a la source *que la règle devienne droit* (2). Mais comme la volonté a à sa disposition

de savoir si la révolution et la disparition de l'Etat sont « justifiées » n'est pas plus vaine que celle de savoir si en 1866 la Prusse avait le droit de considérer comme éteint et sans force le « traité de Confédération » de 1815. La théorie de la *clausula rebus sic stantibus* me paraît aussi complètement dépourvue de caractère pratique. L'Etat qui applique cette théorie, ou bien le fera d'accord avec les autres, et alors le droit se modifiera par *Vereinbarung* ; ou bien il se heurtera à l'opposition des autres Etats, et alors, s'il n'insiste pas, on en restera au droit antérieur ; sinon, on en viendra aux mains, et la conséquence en sera le maintien ou la suppression du droit antérieur.

(1) Un grand nombre de traités internationaux le stipulent expressément : c'est une disposition superflue. — Comp. par exemple la convention internationale relative aux mesures à prendre contre le choléra, du 15 avril 1893 (M. N. R. G.², XIX, p. 239 ; *R. G. Bl.*, 1894, p. 343), art. 4 : « La dénonciation n'a d'effet qu'à l'égard du ou des pays qui l'ont faite. La convention reste obligatoire pour les autres Etats. »

(2) Je me réfère ici aux explications de Binding, dans le *Handbuch des Strafrechts*, I, p. 197 sq. Je ne me sépare de lui que dans l'expression, et je crois que c'est à bon droit. Binding distingue la *pensée* du droit (*Rechtsgedanke*) et la volonté du droit (*Rechtswille*) ; la première dénomination ne me paraît pas très heureuse. De plus, il appelle le droit qui n'est pas verbalement déclaré le droit « non établi » (*ungesetzt*), et il lui oppose le droit « établi » (*gesetzt*). Mais tout le droit est *établi*, c'est-à-dire, constitue du droit positif, et personne n'en doute moins que Binding lui-même ; seulement l'un est exprimé sous forme de statut (« *gesatzt* »), et l'autre ne

deux moyens, et deux moyens seulement, de s'extérioriser, soit des mots, soit des actes (1), il s'ensuit qu'il doit et qu'il peut y avoir quatre manières de créer du droit, lesquelles naturellement ne diffèrent entre elles qu'au point de vue formel : d'abord, la volonté que quelque chose devienne droit est exprimée par des mots ou par des actes qui impliquent nécessairement l'existence de cette volonté ; en outre, dans *chacune* de ces deux sortes de déclarations de volonté juridique, le contenu de la volonté, c'est-à-dire *ce qui* doit être droit, peut être formulé verbalement ou bien être manifesté par d'autres signes. Ceux-ci peuvent naturellement être des mots, mais point des mots qui traduisent *expressément* le contenu de *cette* volonté (2).

Ces quatre formes de création juridique se rencontrent aussi en droit international. Cependant le caractère particulier que revêt ici la formation juridique nous oblige à une autre distinction, qui est d'ailleurs purement formelle. Nous avons vu que la formation de la règle internationale — ce qui lui est du reste tout à fait spécial — ne résulte pas de la manifestation d'une volonté commune déjà parfaite *avant* cette formation, mais de la production d'une volonté commune, en vertu d'une entente entre Etats, *au sujet* d'une règle juridique. D'où il résulte immédiatement que les quatre formes de déclarations de la volonté juridique que nous venons d'indiquer ne doivent pas se présenter ici sous forme de manifestations de la volonté commune en tant que telle, mais bien sous forme de déclarations de la vo-

l'est pas. Comp. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, p. 52, note. — La polémique de Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 126, n. 2, n'est pas fondée. Certes, « il n'y a qu'une déclaration de droit, qui est à la fois déclaration de pensée et déclaration de volonté » ; en d'autres termes, comme quiconque déclare une volonté, la source juridique aussi déclare en même temps et qu'elle veut et ce qu'elle veut. Mais cela ne change rien à ceci, que la source du droit, comme toute autre volonté, d'abord peut déclarer aussi bien avec des mots que d'une autre manière, qu'elle veut, et ensuite peut soit formuler en mots soit manifester d'une autre manière ce qu'elle veut.

(1) Comp. Eisele, *Archiv f. d. civilist. Praxis*, LXIX, p. 289 sq.

(2) Je ne veux pas et je peux ne pas rechercher ici en quelles circonstances cette conception peut s'appliquer au *droit coutumier interne*. J'ai déjà fait remarquer (p. 31), et je vais bientôt y revenir, qu'à mon avis le droit *international* coutumier n'est pas si problématique en lui-même que le droit coutumier interne.

*lonté particulière* des Etats quand ils se réunissent dans la *Vereinbarung* créatrice de la volonté commune. Il est dès lors évident: puisque dans chaque *Vereinbarung* il y a au moins deux et souvent de nombreuses parties qui manifestent leur volonté, puisque chacune d'entre elles peut exprimer, de quatre manières différentes, sa volonté qu'une règle de droit soit créée, puisque en outre la forme sous laquelle se manifeste la volonté de l'une peut différer de la forme sous laquelle se manifeste la volonté des autres, on peut concevoir et il existe en fait, suivant la manière dont se rencontrent les déclarations et suivant les formes semblables ou différentes qu'elles revêtent, non seulement quatre, mais de beaucoup plus nombreuses formes de création juridique. Je me limite à ce qui est absolument nécessaire.

La forme la plus simple de *Vereinbarung* est celle dans laquelle tous les Etats participants déclarent et leur volonté qu'une règle devienne droit et cette règle elle-même par des mots à ce expressément destinés. C'est dans cette catégorie que rentrent la plupart des traités internationaux que l'on doit considérer comme des *Vereinbarungen* créatrices de droit. Point n'est besoin de donner des exemples. D'ailleurs, on doit ranger ici non seulement les actes que la langue diplomatique désigne du nom de traités, mais aussi les déclarations, les protocoles, etc..., à condition toujours qu'ils aient pour objet la « déclaration » d'une *règle de droit.* Il n'est pas superflu de remarquer que ces *Vereinbarungen* expresses se rencontrent dans la pratique internationale beaucoup plus qu'on ne le croit habituellement. C'est important, car parfois une *Vereinbarung* passée presque inaperçue contient des règles importantes qu'on pourrait sans cela difficilement considérer comme du droit réellement en vigueur ; de telle sorte que, grâce à la *Vereinbarung*, on n'a plus besoin — ce qu'on n'a peut-être pas le droit de faire et ce qui ne donne qu'un résultat douteux, — de tirer de la « nature des choses », de la « nécessité », de l' « idée juridique », etc., cette conclusion qu'il existe un droit (1).

(1) V. par exemple le protocole de la Conférence de Londres du 17 janvier 1871 (M. N. R. G., XVIII, p. 273), dans lequel se trouve expressément formulée la proposition, qui, semble-t-il, s'imposerait d'elle-même, qu'aucun contractant ne peut se dégager unilatéralement d'un traité international ; le protocole de la Conférence de Londres du 19 février 1831, dans lequel il est déclaré que la durée de validité d'un traité international est

*Ou bien, tous* les Etats participants manifestent expressément leur volonté qu'une règle devienne droit, sans formuler verbalement cette règle elle-même. Ils conviennent, par exemple, qu'à l'égard de tel ou tel point, on doit s'en tenir à l'usage antérieur, que le contenu, qu'ils ne précisent pas davantage, d'une *Vereinbarung* antérieure, ou plus généralement d'un droit en vigueur sera étendu à des relations nouvelles (1), que dans les sentences arbitrales futures, on appliquera, s'il y a doute, le droit romain ou un autre droit (2), que telle ou telle capacité — et ceci nous occupera spécialement plus tard — devra être appréciée d'après les règles du *droit interne* des Etats contractants (3).

indépendante des modifications qui se produisent dans la Constitution des Etats contractants (M. N. R., X, p. 197).

(1) Exemples très fréquents : extension des dispositions de l'acte de Vienne relatives aux fleuves, au Danube et à ses embouchures, dans le traité de Paris du 30 mars 1856 (M. N. R. G., XV, p. 776), art. 15 ; admission de la Porte « aux avantages du droit public et du concert européens » (*id.*, art. 7).

(2) Comp. not. acte final de Vienne du 15 mai 1820 (M. N. R., V, p. 466), art. 23.

(3) Nombreuses sont les *Vereinbarungen* qui renvoient au « droit international existant ». Ont-elles une signification et laquelle ? On connait surtout les formules tout à fait générales, comme celle du protocole d'Aix-la-Chapelle du 15 novembre 1818 (M. N. R., IV, p. 554, 560), dans lesquelles les Etats contractants décident simplement de prendre dans l'avenir « le droit international » comme règle de leurs relations. Des propositions de cette sorte, quelque importance qu'elles puissent avoir en général pour démontrer qu'il y a des opinions internationales sur l'existence d'un droit international (Piédelièvre, *Précis*, I, p. 10 sq.), n'ont pas plus de significations que celles qui, dans le droit interne, spécifient que « pour le reste » on doit « s'en tenir » au droit antérieur. Dans certains cas cependant, le renvoi au droit international en vigueur peut avoir un effet tout à fait décisif. Cela se produit notamment quand un Etat qui, jusqu'alors, s'était tenu en dehors d'une communauté restreinte d'Etats, entre pour la première fois en rapports réguliers avec les membres de ce groupe, et convient avec eux que les règles qui sont en vigueur dans les rapports entre ces Etats seront applicables à *ses* relations avec eux. Cela constitue une véritable réception de règles du droit international ; v. par exemple les *Vereinbarungen* relatives au droit de légation dans le traité entre la Chine et le *Zollverein*, etc... du 2 septembre 1861 (M. N. R. G., XIX, p. 168), art. 3. Point n'est besoin de noter que, dans les purs *contrats* internationaux (par exemple dans les purs traités d'arbitrage ; v. aussi le traité de paix entre la Prusse et la Saxe du 21 octobre 1866, M. N. R. G., XVIII, p. 366, art 22, relatif au butin de guerre), le renvoi « au droit international » est aussi irrelevant que peut l'être le rappel de dispositions législatives dans un contrat de location entre personnes privées.

*Troisièmement*, tous les Etats participants formulent expressément une règle, mais c'est par des actes concluants (1), et non par des mots, qu'ils font connaître que cette règle doit être une norme obligatoire dans leurs relations futures. Le cas est certainement rare : il n'est pas inconcevable. Supposons par exemple que lorsque l'Angleterre et les Etats-Unis sont convenus des trois « *Rules* » du traité de Washington, ces Etats n'aient pas expressément spécifié qu'en dehors du jugement arbitral auquel ils soumettaient leurs difficultés, ils voulaient accepter ces règles comme droit futur ; il serait très possible, par exemple, de tirer du fait que, malgré leur protestation partielle contre la *validité* de ces règles *avant* le traité, ils les ont cependant prises comme base pour la solution de leurs difficultés, cette conclusion qu'ils ont voulu les observer à partir de ce moment et toujours.

*Quatrièmement*, tous les Etats participants donnent à entendre par des actes concluants qu'ils veulent être liés par une certaine règle ; et ce n'est point par des mots, à ce expressément destinés, c'est autrement qu'ils déclarent cette règle contenu de leur volonté.

Tel est en premier lieu et très fréquemment le cas, quand des Etats établissent une règle juridique *par* une *Vereinbarung*, mais non *dans* une *Vereinbarung* ; — ce cas est analogue à celui de la loi, *par* laquelle est reconnue une règle de droit qui n'est pas expressément formulée *dans* cette loi (2). Ces Etats se mettent d'accord, par exemple, sur une règle juridique expressément formulée, qui doit entraîner comme *conséquence* d'autres règles juridiques, ou qui se présente elle-même comme une conséquence d'une règle juridique « supérieure », qui n'est pas expressément formulée, mais qui n'en est pas moins contenue dans la volonté de la *Vereinbarung* (3). Cette règle peut ne pas

(1) J'évite l'expression amphibologique « déclaration tacite de volonté », qui, depuis peu, paraît être tombée en défaveur dans un autre ordre d'idées. Comp. là-dessus Schall, *Parteiwille im Rechtsgeschäft*, p. 26, n. 14 ; Schlossmann, *Vertrag*, p. 48 sq., 60 sq. ; Bekker, *Pandekten*, II, p. 15, 67, 72 sq., 77, etc. ; Hölder, *Pandekten*, p. 213 sq. ; Nippold, *Vertrag*, p. 57 sq., et spécialement Ehrlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin, 1893, (sur cet ouvrage, H. Krüger, dans la *Zeitschrift f. d. Privat-u. öff. Recht*, XXIV, p. 142 sq.). V. du reste Puchta, *Gewohnheitsrecht*, II, p. 109.

(2) Comp. Binding, *op cit.*, p. 201 sq.

(3) En ce sens, v. Holtzendorff, H. H., I, p. 45, 87, 88.

être la seule ; peut-être toute une série d'autres règles, « latentes » comme elle et découlant d'elle, sont-elles en même temps contenues dans la *Vereinbarung* et reconnues comme règles juridiques « analogues » à celle qui est expressément formulée (1).

Mais ceci est au moins aussi important : les Etats peuvent d'une manière générale exprimer leur volonté concordante d'établir une règle de droit par tout acte susceptible de constituer une manifestation de cette volonté. Une portion importante du droit international a été créée de cette manière : on la désigne habituellement du nom de *droit international coutumier*. Mais on pense rarement à fonder, comme nous le faisons, ce droit sur une *Vereinbarung* des Etats. Sur quoi le fonde-t-on autrement ? Pour donner à cette question une réponse suffisante, il faudrait faire une histoire très détaillée des doctrines. Car la conception qu'on s'est faite du droit international coutumier a extraordinairement varié au cours des siècles, et les écrivains d'une seule et même époque diffèrent extrêmement les uns des autres. Autant qu'ils font, d'une façon plus générale, à l'égard du droit coutumier. Car les opinions sur le droit international coutumier suivent toujours une voie parallèle à celles que suivent les opinions sur le droit interne coutumier : il n'y a peut-être pas un écrivain qui se soit formé une opinion sur le premier indépendante de son opinion sur le second. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la doctrine des internationalistes, relative-

(1) Quand, par exemple, la convention de Saint-Pétersbourg du 11 décembre 1868 (M. N. R. G., XVIII, p. 474) interdit en temps de guerre l'usage de certains projectiles explosibles, on peut facilement en déduire le principe général sur lequel repose cette interdiction, à savoir le principe qu'il est interdit d'avoir recours aux moyens de combat qui sont inutiles au but que se propose la guerre : aussi les motifs qui sont exprimés en détail dans le préambule du traité sont-ils superflus (ils sont d'ailleurs assez mal rédigés ; v. la célèbre lettre de Moltke à Bluntschli dans *Ges. Kl. Schriften* de Bluntschli, II, Nordlingen, 1879, p. 271 sq.). Mais de ce principe, et surtout si on tient compte des *Vereinbarungen* similaires, comme la Convention de Genève, on peut déduire toute une série de propositions importantes ayant un autre contenu, et qui ont ainsi une base plus solide que les affirmations doctrinales, qu'on énonce habituellement sans essayer de les prouver, sur la manière de conduire la guerre et sur la raison de guerre. J'ai déjà fait remarquer ailleurs que notre littérature utilise beaucoup trop peu les moyens que j'indique ici, de démontrer les règles du droit international à l'aide des matériaux existants. *Journal du droit international et public* de Saint-Pétersbourg (russe), 1897, livre IV, p. 19 sq.

ment aux sources, soit également, sinon doublement embarrassée de tous les nuages qui encombrent encore aujourd'hui la théorie traditionnelle du droit coutumier. Doublement, puisque, en présence de l'impossibilité d'utiliser purement et simplement pour la construction d'un droit coutumier « international », d'une part les éléments de formation du droit coutumier, que l'école historique apercevait dans la « conviction populaire », dans la « conscience juridique populaire » ou dans l' « esprit populaire », et d'autre part les décisions de la jurisprudence, soit comme sources de connaissance, soit comme sources de production, on a dû recourir à des analogies de valeur tout à fait douteuse. Cela mériterait d'être traité au point de vue de l'histoire des doctrines. C'est impossible ici.

Peut-être d'ailleurs cette étude n'aurait-elle qu'un intérêt littéraire et historique. Car, comme je l'ai indiqué ci-dessus, toute la peine qu'on s'est donnée pour faire concorder la théorie du droit coutumier international et la théorie du droit coutumier interne a été dépensée en grande partie sans aucune bonne raison. A mon avis, la difficulté que présente la qremière de ces théories est beaucoup moins grande que celle pue présente la seconde. Beaucoup de questions discutées, que soulève le droit coutumier *dans* l'Etat et dont la solution tient depuis si longtemps déjà la science du droit en haleine, ne peuvent plus se poser quand il s'agit d'un droit coutumier liant *les Etats*. Dans le premier, on peut concevoir *différentes* forces qui luttent pour jouer le rôle décisif dans la formation du droit de coutume ; dans le second, leur nombre se réduit à *un*,— à condition toujours qu'on maintienne que le droit international n'est un droit que pour les Etats en tant que tels. *Ici*, aucun doute ne peut s'élever sur la question de savoir si le droit coutumier sort avec une force obligatoire immédiate du sein du cercle social pour lequel il doit valoir, ou bien s'il doit sa validité à la sanction du législateur ; car il n'y a pas de législateur au-dessus des Etats. *Ici*, la question ne se pose pas de savoir si l'activité du *juge* peut avoir une signification pour le droit coutumier, soit comme source de production, soit comme source de connaissance : il n'y a pas de juge *au-dessus* des Etats. Certes on a assez souvent voulu se servir, pour combler les lacunes du droit international, des tribunaux *nationaux*, notamment des tribunaux de commerce et des tribunaux maritimes, si importants pour

les relations internationales, et dans une mesure aussi large, des tribunaux de prise ; mais cette tentative de rattacher la théorie des sources de droit international à une théorie née sur le terrain du droit interne a été frappée de stérilité (1). Enfin, la théorie du droit international échappe à la discussion de la fameuse question qu'on peut indiquer suffisamment par l'opposition des deux mots : « droit du peuple » (*Volksrecht*) et « droit des juristes » (*Juristenrecht*). Les multiples efforts qu'on a faits pour assigner à la « doctrine » une place parmi les « sources » du droit international (2), ont échoué ; il en a été de même d'une autre théorie qui, — née d'un ordre d'idées similaire — voulait attribuer à certains membres privilégiés de la société internationale, aux soi-disant grandes puissances, la faculté d'indiquer le droit aux membres moins puissants par leurs déclarations sur ce qu'elles considèrent comme le droit (3). Certes, on ne peut pas juger du résultat de ces doctrines et d'autres semblables seulement d'après le contenu des premiers chapitres des traités usuels consacrés au droit international. Leurs développements faciles, que n'embarrasse aucun scrupule, sont d'autant moins probants que sur ces points les auteurs postérieurs se bornent régulièrement à transcrire ceux qui les ont précédés (4).

Ainsi la sphère des questions possibles sur l'existence et le fondement d'un droit international coutumier se restreint essentiellement à savoir dans quelle situation ce droit se trouve par rapport à ce qu'on appelle *l'usage* du droit international : en d'autres termes, quelle importance doit être attribuée pour la formation ou la reconnaissance des règles du droit international à la « pratique des Etats », observée dans les relations internationales.

(1) On traitera, dans le dernier paragraphe, de l'importance du droit international pour le juge national ; elle est beaucoup plus considérable que celle du juge national pour le droit international.

(2) Particulièrement dans la littérature anglaise et anglo-américaine. — Comp., entre beaucoup d'autres, Phillimore, *Commentaries*, I, p. 62 sq.

(3) Comp. not. Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 110 (§ 110) et, en sens contraire, Bergbohm, *Staatsverträge*, p. 87, note.

(4) L. v. Stein se plaignait de l'improductivité de la discipline du droit international (*Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft*, VI, 1882, p. 396 sq.). Ce regret est malheureusement encore de mise aujourd'hui en ce qui concerne les livres d'enseignement. — V. aussi Rouard de Card, *Etudes de droit international*, Paris, 1890, avant-propos.

Il y a une chose que je tiens pour certaine. Ce que Puchta a établi pour le droit coutumier en général,à savoir que l'usage, en *tant que tel*, est incapable de *créer* du droit objectif (1), cela vaut aussi pour l' « application » des règles internationales par les Etats. Ce qui n'est pas du droit ne peut pas devenir du droit parce qu'on l'applique. Quand les Etats — comme ils le font encore si souvent — s'en tiennent pour leurs rapports réciproques à certaines règles auxquelles on ne peut pas attribuer dès leur apparition le caractère juridique, ils ne donnent vie par là à aucun droit. En particulier, il me paraît aujourd'hui (2) que considérer comme un moyen de formation du droit coutumier une succession de traités de substance semblable, simplement parce qu'ils reparaissent sous la même forme, serait complètement injustifié. Ou bien le soi-disant traité est en réalité une *Vereinbarung* créatrice de droit, — alors un seul « traité » suffit pour créer du droit à l'égard des participants et des douzaines de traités ne suffisent pas pour lier à la *Vereinbarung* les non participants. Ou bien le traité n'est qu'une opération juridique au sens étroit du mot, — alors il suppose, pour avoir une signification juridique, l'existence antérieure de règles juridiques, qui fondent pour les contractants des droits et des devoirs subjectifs conformément aux dispositions du contrat ; mais il n'est jamais lui-même capable de créer du droit objectif.

On peut sans doute dans certaines circonstances *conclure* du retour fréquent de certains traités à l'existence de règles juridiques, parce que, sans celles-ci, la conclusion des traités apparaîtrait comme absurde ; et cela est vrai, non seulement des traités, mais en général de tous les phénomènes qu'on embrasse dans la dénomination d'ensemble de « pratique internationale ». Toutes les fois qu'un Etat accorde à un autre, sans y être contraint extérieurement, des concessions de quelque nature que ce soit, on pourra conclure, *dans une certaine mesure*, en partant de la supposition d'un égoïsme naturel qui existe toujours, que cet Etat ne veut pas accorder *plus* qu'il ne le doit *juridiquement*. Il y a *présomption* que la « pratique internatio-

(1) Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, I, 1838, p. 167 sq., 180 ; II, 1837, p. 5 sq. etc...

(2) J'ai autrefois soutenu le contraire (*Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts*, p. 4).

nale » est *conforme au droit international*. On aperçoit maintenant la signification qu'a notamment une *loi d'Etat* unilatéralement édictée. Quand cette loi règle la conduite de l'Etat à l'égard des autres Etats, on doit admettre que, dans cette mesure, elle le fait en accord avec des règles existantes du droit international (1). Mais toutes les lois de l'Etat ne permettent pas de conclure *nécessairement* à l'existence de ces règles (2). Elles n'ont pour effet ni de dispenser de la nécessité d'établir dans chaque cas particulier, par un autre moyen de preuve, que la formation du droit international est achevée, ni de rendre impossible la preuve qu'il existe un droit international contraire. Sans doute la présomption que les actes internationaux concordent avec le droit international existant est fortifiée quand on observe une pratique *constante*. Mais de même que cette pratique doit céder devant la preuve qu'il existe un droit contraire, de même un seul « acte d'exercice » peut, dans certaines circonstances, nous suffire, pour nous autoriser à tirer cette conséquence.

Si les différents actes de la pratique internationale se caractérisent en partie comme des indices d'un droit international préexistant, ils sont en outre susceptibles de servir comme signes d'une formation juridique qui se réalise *en eux* et *par eux*. On ne doit certes pas comprendre cette proposition dans le sens, que nous venons de rejeter, que ces actes en eux-mêmes pourraient créer du droit en se répétant fréquemment, mais en cet autre sens qu'ils constituent un *moyen* par lequel se *manifeste* une volonté qui crée du droit international. Puisque le droit international ne peut être produit que par *Vereinbarung* entre plusieurs Etats, les actes étatiques ne sont importants que dans la mesure où ils constituent des éléments d'une *Vereinbarung* créatrice de droit ; en tant qu'indices de la pratique unilatérale d'un Etat, par exemple, sous la forme de lois étatiques isolées ayant un caractère international, ils sont, *à notre point de vue*,

(1) On exprime généralement ceci dans les termes suivants : la loi témoigne de l'existence d'une *conscience juridique* internationale, elle est ainsi un moyen de reconnaître le droit coutumier. Par exemple : Bluntschli, *Völkerrecht*, § 12. n. 3 p. 65 ; v. Martens-Bergbohm, I, p. 191 ; Rivier, *Lehrbuch*, p. 12 sq ; *Principes*, I, p. 35. — Dans le sens indiqué au texte, Bergbohm, *Staatverträge*, p. 106.

(2) Tezner, *Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht*, XX, p. 125 ; Triepel, *op. cit.*, p. 5.

sans aucune importance. Ils se rangent plutôt dans le schéma que nous avons plus haut esquissé pour les formes de la création juridique. Ils constituent des actes « concluants » — actes qui, aussi bien que la parole exprimée, permettent de conclure à une volonté sous-jacente, ayant pour dessein de créer une règle juridique. D'après notre schéma, ils ne peuvent nous intéresser qu'au moment et dans la mesure où ils se retrouvent dans *tous* les Etats qui participent à une *Vereinbarung* créatrice de droit, en tant que moyens à l'aide desquels ces Etats manifestent leur volonté de convertir en droit international une règle qui n'est pas verbalement formulée. Pour simplifier, je m'en réfère à ce que j'ai déjà dit, et j'admets en outre — je reviendrai brièvement là-dessus plus tard, — que la *Vereinbarung* de règles internationales n'exige pas nécessairement de ceux qui y participent des déclarations de volonté de même nature, que la coexistence, par exemple, d'une déclaration expresse de volonté d'un Etat et d'une déclaration non expresse de volonté d'un autre Etat produit les mêmes effets que si tous les participants émettent des déclarations expresses ou non expresses. Ainsi, je parle ici *en général* de la déclaration « tacite » de volonté, comme élément d'une *Vereinbarung* créatrice de droit. Elle peut se manifester extérieurement sous les formes les plus diverses. On ne peut guère préciser davantage à ce sujet (1).

(1) Les proclamations solennelles adressées au monde entier, les manifestes, etc. jouent naturellement ici un rôle important. Mais des déclarations qui paraissent sans importance dans les relations diplomatiques peuvent aussi produire l'effet que nous indiquons ; c'est ce qui arrive quand un Etat invoque une *Vereinbarung* conclue entre Etats tiers, au cours d'un échange de lettres avec l'un d'eux, dans l'intention formellement exprimée de profiter personnellement du contenu de la *Vereinbarung* : ainsi quand les Etats-Unis ont invoqué, dans un échange de notes avec l'Angleterre, les règles de navigation du Congrès de Vienne (v. Holtzendorff, dans le H.H., I, p. 115) ; ou bien quand un Etat accepte des normes semblables dans les instructions de service officielles à ses agents diplomatiques, comme cela a été le cas pour l'enregistrement des règles sur les préséances des Congrès de Vienne et d'Aix-la-Chapelle dans le *Register of the Department of State* des Etats-Unis (Schuyler, *American Diplomacy*, Londres, 1886, p. 107 sq. ; Geffcken, dans le H. H., III, p. 640 ; Rivier, *Principes*, I, p. 446). Il est intéressant de rappeler qu'en 1854 le gouvernement chinois fit traduire en chinois les *Eléments* de Wheaton et invoqua immédiatement cet ouvrage dans sa correspondance. Ce fait avait très certainement, sous certaines conditions, une importance considérable. — D'autre part, une *Vereinbarung* expresse peut constituer, dans son ensemble, un élément d'un *Vereinbarung* non expresse. Si, par exemple, plusieurs Etats, qui n'ont

Elle doit seulement être *susceptible* de faire connaître à celui qui reçoit la déclaration la volonté de celui de qui elle émane de participer à la *Vereinbarung*, et elle doit être faite avec la volonté ou du moins la conscience de cette destination (1). Il suit de là qu'une *loi d'Etat*, en tant que constituant d'abord une déclaration de volonté de l'Etat se proposant un objet de droit interne, ne peut pas encore être considérée en soi comme émise en vue d'une *Vereinbarung*. Quand, par exemple, après la conclusion de l'Union monétaire latine de 1865, l'Espagne, sans y adhérer formellement, a mis son système monétaire d'accord avec celui de l'Union (2), on n'a pas pu considérer cela comme une adhésion tacite à la *Vereinbarung* internationale qui avait pour but d'égaliser les rapports monétaires. Il doit ressortir des circonstances environnantes, notamment des négociations diplomatiques antérieures, que cette conséquence a été voulue. De cela, on trouve un exemple dans certaines lois particulières d'Etat ayant pour objet de fonder et de développer des Unions dites réelles, notamment dans les lois de l'Autriche d'une part et de la Hongrie de l'autre ; ces lois, comme le démontre l'histoire de leurs origines, doivent être considérées non pas comme l'exécution, en droit interne, d'une *Vereinbarung* déjà conclue, mais comme les éléments d'une *Vereinbarung* pour la conclusion de laquelle elles sont indispensables (3). De

pas pris part au Congrès de Vienne, conviennent entre eux d'observer (non seulement entre eux, mais en général) les règles de navigation qui ont été édictées par ce Congrès, cela peut signifier, vis-à-vis des Etats qui ont pris part au Congrès, une adhésion aux règles du Congrès. — En ce sens : Leseur, *op. cit.*, p. 30.

(1) On ne peut donc pas parler de « contrats tacites » ou « présumés » aussi facilement que le faisaient de nombreux représentants de l'ancienne école. Mais, d'un autre côté, je ne comprends pas du tout comment Geffcken sur Heffter, *Völkerrecht*, p. 39, peut dire : « Puisque le contrat suppose un consentement *expressément constaté*, les contrats *tacites* ou présumés sont une contradiction en eux-mêmes. »

(2) Décret du 30 octobre 1868.

(3) Comp. Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 204, 221, 230 sq., 240, n. 56[a] : « La loi hongroise des compromis, édictée le 28 juillet 1867, constituait, en ce qui concerne le *modus* qui y était établi relativement au traitement des affaires communes, l'offre d'un contrat au royaume et aux pays représentés dans le *Reichsrath*... ; ce contrat est devenu parfait par la publication de la loi autrichienne ». — De même, v. Starzinski, art. *Gemeinsame Angelegenheiten*, dans le *Oesterr. Staatswörterbuch*, I, Vienne, 1895, p. 751. — V. aussi Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, p. 70, n. 3 ; *Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht*, XI, p. 135 sq.

plus, des « *traités* »-opérations juridiques peuvent aussi jouer un rôle ici. Non point encore en ce sens qu'ils contiennent eux-mêmes des règles juridiques, mais en ce sens que leur conclusion divulgue que l'Etat veut une *Vereinbarung* de véritables règles juridiques. Tel peut être facilement le cas, par exemple, à l'égard des règles générales relatives à la conclusion et à l'exécution des traités, lorsque des Etats, qui jusqu'alors n'avaient eu aucune relation entre eux, concluent des traités. On trouve notamment une *Vereinbarung* de règles juridiques dans les actes par lesquels se nouent les relations avec les *Etats nouveaux*. La soi-disant reconnaissance (1) des Etats nouveaux est ici de la plus grande importance. Ce n'est pas seulement une déclaration formelle aux termes de laquelle l'Etat qui la fait déclare désirer ou consentir à entrer en relations avec l'Etat nouveau ; c'est encore, dans la mesure où elle se manifeste comme une réponse ou une provocation à une déclaration correspondante de l'autre partie, un élément d'une *Vereinbarung* qui étend au nouvel Etat, sinon naturellement toutes les normes (2) qui sont en vigueur dans la « communauté internationale », du moins un grand nombre de ces normes (3). On voit encore ici que l'expression « *pratique internationale* », du moins dans la mesure où elle désigne une conduite durable de l'Etat, induit en erreur, puisqu'elle donne l'impression qu'au point de vue que nous indiquons, il faut une répétition régulière d'actes étatiques pour faire naître du droit international (4).

(1) Cette reconnaissance peut naturellement être faite soit expressément, soit par des actes concluants. Seulement, au point de vue auquel on se place au texte (en tant que création du droit international), elle est toujours une déclaration « tacite ».

(2) Exact, v. Holtzendorff, H. H., I, p. 16. — Le secrétaire d'Etat Webster va trop loin, Note du 15 avril 1842, dans Wharton, *Digest*, I, p. 31 sq. ; de même, Jellinek, *System*, p. 305.

(3) La théorie de la reconnaissance des Etats nouveaux, qu'on traite si souvent et si mal, n'est que rarement étudiée de ce point de vue, qui est très important. La dépêche de Canning du 25 mars 1825 relative aux Etats sud-américains (dans Calvo, I, p. 243) fournit un exemple remarquable de la manière dont on conçoit, dans la pratique diplomatique, la reconnaissance d'un nouvel Etat, en tant qu'extension des règles du droit international.

(4) Une « pratique internationale », en ce sens, ne peut être importante qu'à deux points de vue. D'abord, quand un groupe d'Etats reconnaît à plusieurs reprises la même règle juridique. Cette règle est naturellement créée par la première *Vereinbarung*, mais le fait de la répétition indique qu'elle est particulièrement importante. En outre, il est utile, au point de

Encore une remarque pour finir. J'ai plusieurs fois indiqué que les formes de *Vereinbarungen* que nous avons principalement étudiées, et dans lesquelles tous les participants se conduisent uniformément, au point de vue tant de la manière dont ils déclarent leur volonté que de l'expression de la règle juridique, ne constituent que les modèles les plus simples. Mais la *Vereinbarung* se conclut aussi de la façon suivante : parmi les contractants, les uns participent à la formation de la volonté commune expressément, et les autres non, ou bien les uns déclarent une règle formulée verbalement et les autres se contentent de s'en référer à cette règle (1). Et ces modes s'entrecroisent et s'enchevêtrent de nombreuses façons. On me reprocherait avec raison un formalisme scholastique, si je voulais décrire tout ceci en détail. Il suffit de l'avoir indiqué (2).

## V

Je pourrais arrêter ici ce chapitre sur la nature de la source du droit international. Il y manquerait cependant quelque chose. Les règles, dont nous avons étudié l'origine et le mode de formation, sont-elles des règles juridiques au sens strict du mot ? Ne leur manque-t-il pas quelque chose, qui serait indispensable à une véritable règle juridique, à savoir la « coercition » (*Erzwingbarkeit*) ? On me permettra de supposer connu le fait que c'est précisément ce prétendu défaut qui a convaincu de si nombreux « négateurs » du droit international. On doit leur répondre : d'abord, le droit international n'est pas complètement dépourvu de toute contrainte ; en second lieu, dans la mesure où il manque de contrainte, il ne perd point par là son caractère juridique.

vue scientifique, d'établir que différents groupes d'Etats ont à plusieurs reprises convenu des règles juridiques de même nature. La théorie peut, de cette constatation, tirer le droit de considérer ces règles comme un droit international « général » (V. ci-dessus, p. 82).

(1) Comp., par exemple, les adhésions à la déclaration sur le droit maritime des Etats qui n'ont pas pris part au traité de Paris de 1856 : elles ont souvent été faites sans un rappel exprès du texte de la déclaration.

(2) J'indique seulement qu'on peut compter en tout dix combinaisons, y compris les quatre combinaisons simples décrites ci-dessus, en supposant naturellement qu'on ne tient pas compte du *nombre des participants*. — Ce que v. Holtzendorff, H. H., I, p. 83 sq., et not. p. 112 sq., désigne du nom peu heureux de « jonction des sources » (*Quellenverbindung*) ne rentre qu'en partie dans cet ordre d'idées.

Il ne peut pas être dans mon intention de traiter ici le problème de la contrainte juridique dans toute son étendue (1). Même si je me sentais capable, ce qui n'est pas le cas, de résoudre définitivement cette question, la plus difficile de la philosophie juridique, encore ne serait-ce pas le lieu d'entreprendre ici cette discussion. J'estime cependant qu'il ne m'est pas permis de l'éviter complètement, et je dois du moins indiquer brièvement mon point de vue. Peut-être pourrai-je, même dans cette limite, rapprocher un peu plus le problème de la solution.

D'autres ont déjà remarqué à satiété que l'expression aux termes de laquelle le *droit* doit être ou non « susceptible de contrainte » (*erzwingbar*) est mal choisie ; car ce n'est pas du droit, mais seulement des hommes, auxquels le droit impose telle ou telle conduite, qu'on peut dire qu'ils doivent pouvoir être contraints. D'un autre côté, on a aussi souvent remarqué qu'au fond, même en ce qui concerne cette conduite des hommes, le mot « *erzwingbar* » ne signifie rien. D'abord, en effet, il est clair qu'en un sens toute conduite humaine, qui est susceptible d'être juridiquement régie, *peut* ou plutôt *pourrait* être « contrainte », dans la mesure où elle constitue une *conduite extérieure*, et qu'on a toujours la *possibilité abstraite* de la contraindre ; de telle sorte qu'en ce sens, par le mot « contrainte » du droit, on ne caractérise rien d'autre que l'objet possible de la loi juridique, par opposition à la loi morale. Il n'est pas moins évident qu en un autre sens on ne peut dire d'*aucune* action ou abstention humaine qu'elle peut être « contrainte », car la volonté humaine est, par elle-même, capable de résister à toute contrainte humaine (2). Ainsi la discussion ne peut rouler que sur la ques-

(1) Naturellement, les internationalistes se sont occupés et ont dû s'occuper des centaines de fois de ce problème, mais, semble-t-il, avec peu de bonheur. La question est traitée en détail, au point de vue particulier du droit international, par Lasson, *Prinzip u. Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, 1871 ; Bergbohm, *Staatsverträge*, p. 32 sq , 66 ; Fricker, *loc. cit.* ; Nippold, *Vertrag*, p. 204 sq. — V. aussi, v. Kaltenborn, *Zur Revision der Lehre v. d. internationalen Rechtsmitteln*, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch.*, XVII, p. 69 sq.

(2) Pour plus de détails sur tout ceci, v. Bierling, *Kritik*, I, p. 140 sq., comp. p. 49 sq. ; *Prinzipienlehre*, I, p. 50 sq. ; Dahn, *Vernunft im Recht*, Berlin, 1879, p. 35 ; Schultze, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, I, Fribourg, 1883, p. 50, 61, 85 ; Binding. *Der Rechtszwang nach Wesen, Arten und Grenzen* (appendice à la 2e édit. des *Normen*, I, Leipzig,

tion de savoir si le concept de droit se limite aux normes, dont l'observation peut être imposée par contrainte à ceux qu'elle vise : autrement dit, si on ne doit admettre un *droit* subjectif et un *devoir juridique* que là où le créancier a licence de forcer le débiteur à exécuter son obligation.

Jusqu'à maintenant la question n'est pas encore périlleuse pour le droit international. Car on ne peut pas contester que l'Etat ait le droit de ployer sous sa volonté le débiteur récalcitrant en exerçant personnellement sur lui une contrainte. Que cette contrainte consiste en rétorsion ou en représailles, sous leurs formes et catégories diverses, qu'elle consiste en l'emploi de la violence militaire, elle est toujours l'exercice d'un pouvoir personnel *légitime*, comme la légitime défense dans ceux des rapports privés où le droit l'a autorisée autrefois ou l'autorise encore. Ainsi le droit de réclamation de l'Etat contre un autre Etat est *supérieur* sous ce rapport à de nombreux droits de réclamation des particuliers contre les autres particuliers ou contre la communauté, puisque le système juridique prive le plus souvent l'individu du droit de recourir lui-même à la contrainte.

Mais le droit international se trouve dans une situation plus délicate en face de l'objection suivante : seul est droit ce qui est protégé par une contrainte « organisée » ; plus clairement : seul mérite son nom le droit au titulaire duquel la source juridique elle même prête assistance en vue de l'exécution contre le débiteur récalcitrant. Si cela était vrai, on ne pourrait pas concevoir un *droit* international ; point n'est besoin de perdre son temps là-dessus (1). Certes, cet ensemble de normes, injustement paré

1890), p. 484. — V. aussi v. Mohl, *Encyklopädie der Staatswissensch.*, 2e édit., Tübingen, 1872, p. 471, n. 1. — Wallaschek, *Studien zur Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1889, p. 83, soutient la singulière opinion suivante : le mot *Erzwinbarkeit* aurait une double signification, en ce sens qu'on pourrait aussi contraindre ce qui par nature produit le droit de contraindre : il base cette opinion sur ce que le suffixe *bar* dans *erzwingbar* transfère la possibilité de ce à quoi il est joint au sujet et à l'objet ». Mais ni le sentiment que j'ai de notre langue, ni les renseignements que m'ont donnés les grammairiens ne m'ont convaincu de l'exactitude de cette opinion.

(1) On ne peut pas répondre à cette objection, en invoquant la « contrainte interne, la force créatrice de la nécessité économique », qui exigent qu'il y ait des normes pour la communauté vivante des Etats et qui font de ces normes du droit. Ainsi, Preuss, *Das Völkerrecht in Dienste des Wirthschaftslebens*, Berlin, 1891, p. 12 sq. Cela me paraît être une ancre de salut bien faible. Preuss lui-même doit reconnaître que la ligne frontière tracée

du titre de droit, partagerait son destin avec une masse importante de soi-disant règles juridiques d'autre origine, qui, comme par exemple toutes celles qui déterminent les devoirs des monarques, devraient être impitoyablement bannies du domaine du droit. Peut-être pourrait-on se contenter de cela et dire : ce n'est là en somme qu'une querelle de mots ; on est d'accord sur la chose, mais l'un nomme encore « droit » un grand nombre de règles auxquelles l'autre refuse maintenant ce nom. Et il y a une chose qu'on ne peut absolument pas contester, c'est que le droit « sanctionné » protège essentiellement *mieux* les intérêts qu'il sert que le droit qui n'a pas ce caractère ; c'est ainsi que le droit, qui est accompagné d'une contrainte « organisée », est « plus achevé » que le droit « imparfait » qui s'en remet à la défense personnelle, comme précisément, par exemple, le droit international (1).

Seulement, la chose n'est pas si simple que cela. Car on prétend contre nous que le droit « sanctionné » est d'une *essence* tout autre que le droit non sanctionné. C'est cela qu'il faut contester. Je ne veux pas rechercher à qui, dans cette discussion, incombe la charge de la preuve. Admettons hardiment que ce soit à nous, et essayons d'établir que le droit non sanctionné et le droit sanctionné ne sont que *deux genres d'une même espèce*.

La clef de la difficulté se trouve dans ce fait que le droit et le droit de coercition (tous deux pris au sens subjectif) sont deux choses *essentiellement différentes*. La célèbre phrase de Kant (2) : « droit et capacité de contraindre ne *signifient* qu'une seule et

par sa construction entre le droit et l'usage « se présente d'une manière floue » (p. 54).

(1) On insiste souvent dans la littérature sur l'opposition entre le droit « parfait » et le droit « imparfait », suivant qu'il est bien ou mal protégé, et précisément en ayant en vue le droit international, mais sans penser pour cela que le droit « imparfait » n'est pas du droit. — V. Windscheid, *Pandekten*, 7e édit., I, p. 90, n. 4 ; Bekker, *Pandekten*, I, p. 47, n. *e* ; Gierke, *Deutches Privatrecht*, I, p. 114 ; Regelsberger, *Pandekten*, I, p. 63. Dans une autre opinion, qui est bien différente, on ne considère pas le droit international comme un droit, ou on ne le considère que comme un « droit en voie de devenir », parce qu'il est un « droit imparfait », un « droit anormal ». Ainsi Fricker, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch.*, XXXIV, p. 404 ; v. aussi tous ses développements, *id.*, XXVIII p. 90 sq., 347 sq. ; Brodmann, *Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur*, Berlin, 1897, p. 17 sq.

(2) *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2e édit., Königsberg, 1728, Introd., § E, p. XXXVI.

même chose », est, à l'entendre textuellement (1), erronée. C'est précisément le contraire qui est vrai. On peut dire : je n'ai un véritable droit contre un débiteur, que si j'ai le pouvoir ou la licence de le contraindre à me payer ; mais on ne peut pas dire : le droit au paiement est essentiellement le même que le droit de contraindre au paiement (2). Considéré du point de vue de l'obligation, ceci est encore plus clair : l'obligation de prester n'est évidemment pas la même que l'obligation de céder à la contrainte exercée en vue de la prestation. Le droit de contrainte est par suite un *deuxième* droit, *à côté* du droit principal (3) ; il est destiné, en tant que droit secondaire, à procurer l'exécution du premier (4). D'où résulte le fait, qui jusqu'à maintenant est passé presque complètement inaperçu, qu'il est impossible que les deux droits, le droit principal et le droit de sanction, puissent naître d'*une seule et même règle juridique.* Ecrire, comme le fait un auteur (5), « il n'y a pas de norme juridique qui ne porte *en elle même*, en tant que suprême et dernière puissance, la possibilité d'une contrainte extérieure », c'est exiger l'impossible d'*une* norme juridique. Pourquoi ?

(1) Mais Kant n'entend pas ainsi sa proposition. — Cf. la formule du § D, p XXXV : « Au droit (est) *attachée en même temps une capacité*... de contraindre. »

(2) Pour simplifier, je ne distingue pas dans ce qui suit entre le droit de contraindre soi-même, et le droit à la contrainte vis-à-vis de la source juridique. Dans ce dernier cas d'ailleurs, la différence d'essence est encore plus claire que dans le premier. — Comp. Sohm, *Der Begriff des Forderungsrechts, Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht*, IV, p. 462 469 sq.

(3) Ce fait a notamment échappé à Schultze, *op. cit.*, p 61 ; comp. p. 55.

(4) Je me réfère particulièrement à l'exposé de Binding, *op. cit*, p 484 sq. V. aussi Thon, *Rechtsnorm u. subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 6 sq., 223 sq. ; *Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht*, VII, p. 244 sq. ; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin et Leipzig, p 207 ; Harms, *Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie*, édité par Wiese, Leipzig, 1889, p. 94 ; comp. aussi p. 114, 120 sq. La question du droit de coercition secondaire par rapport au « droit originaire » se trouve déjà débrouillée, d'une façon pénétrante, par Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, I, p. 104 sq., not. p. 109. — C'est un grand progrès que d'avoir établi la nature secondaire du droit de coercition. Mais on ne peut pas, à mon avis, s'en tenir là. Car nos adversaires peuvent tranquillement reconnaître ce fait, sans pour cela s'avouer battus. Ils n'ont qu'à dire : précisément, nous ne tenons pour véritable droit que le droit subjectif qui est accompagné d'un droit de coercition. On piétine ainsi sur place. J'essaie au texte de démontrer qu'on n'est pas fondé à déclarer différents par nature le droit qui est accompagné du droit de coercition et celui qui ne l'est pas.

(5) Schultze, *op. cit.*, p. 54.

Tout droit subjectif naît d'une volonté qui se propose comme but la création de ce droit, d'un « acte de volonté » de la source juridique (1). Par suite, d'après cette opinion, la volonté juridique devrait être capable de créer, par *un* acte de volonté et pour *un* sujet, *deux* droits subjectifs de contenu *différent* (le droit principal et le droit de coercition). Mais ceci est inconcevable (2). En effet, le titulaire d'une volonté ne peut que dans un seul cas vouloir à la fois deux choses différentes : c'est quand la première chose voulue est la cause de la seconde (3). Je laisse complètement de côté la question difficile de savoir s'il importe que le sujet qui veut se *représente* la production du résultat ultérieur, qui constitue la conséquence de ce qui est d'abord voulu. Elle est sans importance ici. Je réponds par la négative, parce que je crois par là écarter toute objection. Si donc la source juridique veut un droit subjectif, auquel peuvent se joindre, comme conséquences, d'autres droits subjectifs, j'admets qu'elle veut ceux-ci en même temps. Mais je ne vois pas maintenant comment on pourrait considérer la naissance du droit de coercition comme *causée* par la naissance du droit principal. Certes, le droit de coercition ne peut pas exister sans le droit principal ; l'existence du droit principal est la condition de l'existence du droit de coercition (il va sans dire que ce n'est pas la seule), mais ce n'est pas sa *cause* (4). Par suite, la source juridique ne peut pas vouloir en *même temps* le droit principal et le droit de coercition. Elle peut bien vouloir les deux, mais il lui faut pour cela un double « acte de volonté ». Si donc nous appelons « règle juridique » le contenu total de la volonté qui tend à créer un droit, il en résulte que le droit de coercition est

(1) On doit s'entendre sur le point de départ ; sinon cette discussion est inutile.

(2) La tentative, à laquelle s'est livrée Austin (*Lectures on jurisprudence*, 4e édit., par Campbell, Londres, 1879, p. 94), de prouver au moyen de la dialectique que *command, duty and sanction* ne sont que des aspects différents d'un même concept, n'est pas très éloignée de cette proposition.

(3) Il peut naturellement vouloir « deux choses », si les deux effets voulus sont corrélatifs. Quand, par exemple, le législateur veut faire apparaître un droit subjectif pour A, il va de soi qu'il veut en même temps créer l'obligation correspondante de B. Mais des choses corrélatives ne sont pas des choses *différentes*. Au fond, il n'y a encore ici qu'*une* chose de voulue.

(4) Le droit principal et le droit de coercition ne sont pas davantage corrélatifs.

établi par une autre règle juridique que le droit principal (1). On ne s'illusionne facilement à ce sujet que parce que la *déclaration* des deux contenus de volonté peut se produire de telle sorte qu'elle se présente à nous sous une unité extérieure et formelle. La déclaration de vouloir le droit principal et le droit de coercition peut se présenter à nous sous la forme d'*une* phrase (grammaticale) et nous *jugeons* de cette formation juridique sous la forme d'un jugement conjonctif. Mais de même que ce jugement se compose en réalité de deux jugements, de même cette déclaration de volonté juridique ne constitue qu'en apparence une déclaration d'*une* volonté juridique ; en réalité, elle contient *deux* règles juridiques.

Mais s'il est exact que le droit de coercition est créé par une autre règle juridique que le droit principal, on devrait alors formuler l'assertion, d'après laquelle le droit n'est droit que s'il est « sanctionné », de la façon suivante : il n'y a en réalité de règle juridique que celle qui est accompagnée d'une seconde règle, laquelle protège le droit créé par la première en octroyant un droit de coercition. Alors se pose immédiatement la question : cette *seconde* règle est-elle une règle juridique (2) ? D'après la théorie que nous combattons ici, la réponse ne peut être qu'affirmative, quand bien même la règle qui octroie le droit de coercition est accompagnée d'une troisième règle, qui à son tour est destinée à protéger le droit de coercition de la seconde. On peut continuer ce jeu, — l'expérience *doit* pour *toute* règle, même pour celle dont le plus strict purisme ne peut contester la nature juridique, aboutir finalement à un point, où ne se rencontre pas la *règle juridique accessoire*. On doit toujours aboutir à cette limite, où non seulement cesse, suivant un mot fameux, l'évolution vers la contrainte et où on ne peut plus concevoir la contrainte, mais où aussi, et c'est plus important pour nous, le droit cesse de compter sur une protection par ses propres moyens et où il doit chercher protection près d'autres pouvoirs, disons tranquillement, près des pouvoirs moraux. Seulement la sphère de *telles* règles juridiques est plus large, celle de *telles autres* est plus étroite. La source juridique tantôt plus tôt, tantôt plus tard, mais toujours est *obligée* de recourir à l'aide de

(1) Par là s'écroule une grande partie des critiques qui ont été dirigées contre le fondement de la théorie des normes de Binding.

(2) De même, Bierling, *Kritik*, I, p. 143 ; *Prinzipienlehre*, I, p. 51.

pouvoirs non juridiques, et elle a souvent de bonnes raisons de laisser à ceux-ci le champ libre avant d'y être obligée. Mais il résulte de ceci, que même quand la source juridique exerce sur elle-même volontairement ou obligatoirement cette limitation dès la première règle qu'elle édicte, cette règle ne doit pas pour cela être autre que les autres enfants de la même mère, qui tiennent d'elle-même une arme et une arme *meilleure*. Ainsi donc, une règle qui d'après sa *formation* et son *contenu* peut constituer une règle juridique ne peut pas être qualifiée de règle non juridique, simplement parce qu'il lui manque l' « élément de contrainte ». Elle peut être inférieure en *valeur* aux autres ; par *nature*, elle leur est égale.

---

## § 5

## La capacité des deux sources de droit.

### I

Si les recherches entreprises dans les pages précédentes sur la nature de la source du droit international sont exactes, la très importante conclusion suivante en résulte, conclusion qui est préjudicielle à toutes les parties qui suivent de ce traité. Le *droit international* et le *droit interne* sont non seulement des *parties du droit distinctes*, mais aussi des *systèmes juridiques distincts* (V. ci-dessus, p. 8). Ce sont deux cercles, qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais. C'est donc de notre point de vue une contradiction complète que d'assimiler le droit international au droit interne et inversement. Cette thèse a besoin cependant, pour éviter tout malentendu, d'être davantage précisée ; il faut, en outre, la défendre contre des adversaires apparents et contre des adversaires réels (1).

Elle signifie seulement que toute règle d'origine internationale est, en vertu même de cette origine, incapable de *devenir* contenu d'une règle de droit interne, notamment d'une loi. D'ailleurs, après ce qui a été établi ci-dessus sur l'objet des normes internationales, cela sera généralement aussi impossible ; le contenu d'une règle de droit interne ne pourra généralement pas se superposer à celui d'une règle de droit international. Ce que l'on appelle *généralement* « l'appropriation » des dispo-

(1) Les explications suivantes se rattachent à ce qui a été dit au § 2. Il fallait alors prouver que le droit international et le droit interne régissent des rapports juridiques distincts ; il s'agit maintenant de prouver que le droit international et le droit interne sortent d'une source différente. Nous avons supposé alors que le droit international sort d'une source autre que le droit interne. Nous venons maintenant d'étudier cette source. Nous avons par là même prouvé le principe posé au § 1 ; il ne reste plus maintenant qu'à le défendre contre de nombreuses attaques.

sitions du droit international public par l'Etat et sa législation (l'expression peut être remplacée par une autre similaire) et dont nous aurons à parler en détail, ne peut absolument pas être conçu comme une simple translation d'une règle du droit international dans le droit interne. Dans l'immense majorité des cas que l'on a en vue ici, la loi interne dépendra certes et doit dépendre d'une règle du droit international, mais elle mettra et elle doit mettre au jour une règle juridique dont le contenu n'est pas le même ; il ne s'agit pas, dans une telle appropriation, d'une *réception*, mais d'une *reproduction sous une forme modifiée*. Il apparaîtra en outre clairement que l'admission du droit international, sans modification de son contenu, dans les cadres du droit interne est possible et se produit — mais dans une faible mesure.

Notre thèse signifie que, même dans ces cas de pure réception, nous avons affaire précisément à une *réception*, c'est-à-dire à la *création d'un droit nouveau, d'un droit autre*, à savoir, d'un droit dont le *contenu* seul est semblable, mais qui sort d'*une autre source*. Jamais la formation du droit international public ne peut remplacer la formation du droit interne ; la source du droit interne doit agir par elle-même, pour faire en quelque sorte sien le droit créé par la source du droit international (1). Celle-ci ne peut pas plus faire d'une règle un élément du droit interne, que la première ne peut créer une règle de droit international.

Il n'est pas toujours facile de reconnaître les adversaires de cette opinion. Une terminologie impropre et des expressions inexactes font parfois penser qu'un écrivain professe une opinion différente, alors qu'il ne se rattache pas au fond à un point de vue autre que celui que nous soutenons. Ce n'est donc point pour m'assurer un secours, qui serait faible, que je m'occupe, dans les pages qui suivent, de ces pseudo-adversaires, mais seulement pour montrer par leur exemple combien il est nécessaire de tracer nettement une limite *extérieure*, si on veut éviter d'abolir toute séparation.

Beaucoup d'anciens publicistes allemands s'occupent d'un

(1) Quand Geffcken, *Problem des Völkerrechts*, *Nord und Süd*, XI, p. 235, dit : « le droit international public est d'emblée une partie du droit en vigueur de chaque Etat », il entend cela presque textuellement, ainsi que cela résulte de ses autres explications.

droit international, auquel ils ajoutent des épithètes tirées du droit interne, qui nous étonnent aujourd'hui. Nous trouvons ainsi un *droit international public allemand* (1), un *droit international public des Allemands* (2), un *droit international public de la nation allemande* (3), un *jus gentium imperii germanici* (4), et même un *droit international public du royaume de Saxe* (5). Il semble presque ainsi que l'on a conçu le droit international public ou une partie de ce droit comme droit interne allemand ou saxon. Aucun de ces auteurs cependant n'a eu une pensée de cette sorte. Tous voulaient désigner par ces expressions, qui ne sont certainement pas à l'abri de tout reproche, mais qui n'étaient jamais mal comprises par les contemporains, *une partie seulement du droit international public* ; c'est à savoir, la partie qui avait trait aux rapports des Etats dont ils utilisaient le nom comme on vient de le voir ; il y avait ainsi le droit international « général », qui valait *aussi* pour ces Etats, et le droit international « particulier », qui n'intéressait *qu'eux* (6). Ainsi, par exemple, le « droit international allemand » ne devait pas former une partie du droit public allemand ; c'était seulement le droit international auquel l'Empire allemand ou les pays allemands étaient soumis dans leurs relations avec les autres Etats (7), dans lequel entrait donc notamment en ligne de compte, mais pas exclusivement, le « droit international conventionnel ». On ne pensait ainsi pas à autre chose qu'à ce qui chez d'autres faisait l'objet d'un exposé scientifique sous

(1) Comp. Günther, *Europ. Völkerrecht in Friedenszeiten*, I. Altenburg, 1787, p. 38 ; v. Römer, dans l'ouvrage cité à la note suivante, *passim* ; Leist, *Lehrbuch des teutschen Staatsrechts*, 2e édit., Göttingen, 1805, p. 11. — Klüber, *Oeffentl. Recht des teutschen Bundes*, 4e édit., Francfort, 1840, p. 11, parle d'un « droit international public des Etats fédérés allemands ».

(2) v. Römer, *Das Völkerrecht der Teutschen*, Halle, 1789 ; Dabelow, *Lehrbuch des Staats- und Völkerrechts der Deutschen*, I, Halle, 1795.

(3) Nettelbladt, *Erörterungen einiger einzelnen Lehren des teutschen Staatsrechtes*, Halle, 1771, p 39 sq.

(4) v. Selchow, *Elementa juris publici Germanici*, I, Göttingen, 1769, préface et § 9.

(5) Weisse, *Lehrbuch des Königlich Sächsischen Staatsrechts*, II, Leipzig, 1827, p. 458 sq. v. Römer parle aussi, *loc. cit.*, d'un « *jus gentium specialissimum Saxonicum* ».

(6) C'est ainsi que Nettelbladt, *loc cit.*, désigne d'une façon tout à fait caractéristique le droit international allemand un droit international *européen, particulier* à la nation allemande.

(7) Complètement méconnu dans les remarques de v. Bulmerincq, *Völkerrecht*, p. 186.

le nom, qui prêtait autant à confusion, de *droit public externe allemand* (1), *droit public externe* (2) ; comme les premiers d'ailleurs ces auteurs s'abstenaient également de toute allusion à une théorie des sources, théorie qui est plus récente et qui était encore très éloignée d'eux.

Ces expressions et d'autres semblables sont surtout employées aujourd'hui par ceux qui nient, d'une façon générale, l'existence d'un droit international, et qui déclarent que les matières que l'on traite habituellement sous ce nom ne peuvent, dans la mesure où elles ont une nature juridique, être considérées que comme du droit *national*, lequel peut être désigné, du point de vue de son *objet*, comme droit public « externe » ou autrement. Ces « négateurs » du droit international public, depuis Hegel (3), jusqu'à Lasson (4), Seydel (5), Zorn (6) et Pomeroy (7), je ne les

(1) Principalement J. J. Moser, *Teutsches auswärtiges Staatsrecht*. Francfort et Leipzig, 1772. Cependant il ne donne pas une définition, et il traite sous le même titre des principes de droit allemand relatifs à la compétence des chefs d'Etat pour la conclusion des traités, la déclaration de guerre, etc... Ce que cet auteur comprend sous le nom de « droit public allemand voisin », c'est — mais en partie seulement — la même chose que le « droit international public allemand » (V. le livre *Teutsches Nachbarliches Staatsrecht*, Francfort et Leipzig, 1773). — Sur l'expression « droit public externe », comp. encore Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 59. Dans la littérature étrangère, nous rencontrons aussi des expressions équivalentes : ainsi parfois droit externe, *diritto esterno*, dans le sens de droit international. L'expression « droit externe des Etats » est un peu moins amphibologique que celle de « droit public externe » ; par exemple, Heffter, *Völkerrecht*, p. 1, 6.— Grünler, *Beiträge zum Staatsrecht des Königreichs Sachsen* (*Auswärtiges Staatsrecht*), Dresde et Leipzig, 1838, p. 2, n'est pas très clair. La majorité des écrivains comprend bien par « droit public externe » un véritable droit public, relatif aux affaires extérieures (p. ex. droit consulaire).

(2) Klüber, *Oeffentl. Recht des teutschen Bundes*, p. 7, 10, etc.

(3) V. ci-dessus, p. 78, n. 1.

(4) *Prinzip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, 1870 ; *Rechtsphilosophie*, Berlin et Leipzig, 1882, p. 389 sq.

(5) *Grundzüge einer allg. Staatslehre*, Würzburg, 1873, p. 32.

(6) *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2e édit., Berlin, I, 1895, p. 495 sq. ; II, 1897, p. 411 sq. ; *Annalen des deutschen Reichs*, 1882, p. 82, sq., etc... — Je ne comprends pas d'ailleurs très bien comment Zorn en vient à dire de Fricker, que celui ci partage sur cette question son opinion (*Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft*, XXXVI, p. 8, n. 1). Certes, Fricker ne croit qu'à un droit international public encore « imparfait », « en voie de devenir », mais ce droit est cependant pour lui un droit *supérieur* aux Etats. Sa polémique contre Hegel et plus tard contre Bergbohm s'appuie en grande partie sur le reproche, qu'il leur adresse, que d'après eux le droit international public ne peut qu'être un droit public externe !

(7) *Lectures on international law*, éd. par Woolsey, Boston et New-York, 1886, p. 23 sq.

considère pas ici comme des adversaires. Nous sommes tout à fait du même avis en ce qui concerne le point dont je parle. Car, de même que moi, ils considèrent comme impossible que ce qui est une institution d'une source interne soit en même temps droit international. Nous différons seulement en ceci qu'ils déclarent inconcevable, non seulement un droit international de même contenu, mais en général tout droit international.

Beaucoup plus grave est la divergence qui nous sépare d'un autre et très nombreux groupe d'écrivains, que nous rencontrons notamment dans le domaine du droit public. Ce sont ceux qui considèrent le « traité international » comme « source » du droit interne. Nous ne nous trouvons pas en face d'une conception d'ensemble des rapports du droit international et du droit interne. Ces écrivains accordent seulement à un élément particulier, qui, exactement compris, peut être, d'après notre théorie, un moyen de formation du droit international objectif, la propriété d être aussi une forme de création du droit *interne*. Certes une opinion générale sur les rapports des deux ordres de droit peut se cacher sous cette enveloppe ; et elle peut s'apparenter à l'idée que nous devons combattre ici, à savoir que le droit international public peut en même temps être droit interne (1). Mais il est très souvent difficile d'établir si cette opinion se trouve au fond de la pensée de tel ou tel auteur particulier ou s'il ne s'agit seulement que de l'expression inexacte d'une idée juste. Nous ne nous occupons provisoirement que des brèves propositions, qui ne se hasardent pas dans la trame des considérations fondamentales. J'ai notamment en vue les nombreux écrivains qui, dans les traités ou manuels de droit public, parmi les sources du droit public, et à côté de la loi, de la coutume, etc..., comptent le traité international, auquel ils ne consacrent que quelques mots (2). Il est évident que cette

(1) V. v. Holtzendorff, H. H., I, p. 56 : « *Ces mêmes* sources juridiques (principalement les traités internationaux) peuvent régler certains rapports de droit privé et, en même temps, les intérêts de droit public qui s'y rattachent (traités d'établissement). » Il faut entendre ici par droit privé, droit interne, et par droit public, droit international. Il y a encore d'autres endroits où v. Holtzendorff n'a pas bien compris les rapports des deux sources.

(2) Par exemple, Gönner, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut, 1804, p. 20 ; Leist, *op cit.*, p. 15, 31 ; Schmid, *Lehrbuch des gemeinem deutschen Staatsrechts*, I, Iéna, 1821, p. 184 ; Schmalz, *Teutsches Staatsrecht*, Berlin, 1825, p. 137 ; Jordan, *Lehrbuch des allg. und deutschen Staatsrechts*, I, Cassel,

proposition, dans sa signification générale, est inexacte ; et rien ne permet ordinairement de reconnaître si ceux qui l'écrivent l'entendent dans un sens strict. Deux choses sont cependant indubitables. Le « traité international », au sens propre du mot, le traité en tant qu'opération juridique, ne peut d'aucune manière être source d'un droit objectif ; il ne peut pas l'être par suite du droit interne. Si cependant on veut admettre que cette proposition ne fait aucun doute pour les auteurs que nous venons de mentionner, et que seulement ils ne l'ont pas assez clairement exprimée, on est du moins déçu par quelques-uns d'entre eux, qui ne craignent pas de baptiser « normes de droit public interne » les traités relatifs aux frontières, les stipulations de servitude, et autres accords semblables (1). Il n'est pas moins clair, en outre, que le droit public ne découle que de la volonté de l'Etat s'adressant impérativement à ses sujets ; qu'il ne peut pas, par suite, être créé par des déclarations échangées entre deux ou plusieurs Etats ; qu'il ne peut pas l'être par l'ensemble de toutes les déclarations, et pas davantage par une déclaration particulière de traité (2). Il est donc impossible qu'un « traité

1831, p. 277 sq. ; Klüber, *Oeffentl. Recht des teutschen Bundes*, p. 63, 83 ; Maurenbrecker, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 2e édit., Francfort, 1843, p. 6, 206 ; Schmitthener, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts*, Giessen, 1845, p. 316 sq. (« En ce qui concerne les sujets, les traités conclus par le gouvernement de l'Etat ont le caractère de lois ») ; Zöpfl, *Grundsätze des gemeinen deutsch. Staatsrechts*, 5e édit., I, Leipzig et Heidelberg, 1863, p. 133 ; v. Kaltenborn, *Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht*, Leipzig, 1863, p. 312 ; Zachariae, *Deutches Staats-und Bundesrecht*, 3e édit., I, Göttingen, 1865, p. 9 sq., 258 (les traités internationaux sont des sources de « nature internationale », mais ils sont cependant « sources du droit public allemand ») ; Opitz, *Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, I, Leipzig, 1884, p. 49 ; Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, 6e édit. par v. E. Loening, Stuttgart, 1885, p. 10. — On pourrait facilement augmenter la liste.

(1) Comp., par exemple, Schmalz, *loc. cit.*

(2) Il est possible, comme on l'a déjà remarqué (p. 100), qu'une *loi* constitue en même temps une *déclaration de traité*. En ce sens, ce que dit Kohler (*Recht des Markenschutzes*, Würzbourg, 1884, p. 460 sq.) serait exact : un Etat peut non seulement garantir à un autre l'établissement de normes de droit interne, mais aussi, en créant ces normes de suite et immédiatement, joindre ensemble la promesse de droit international et l'accomplissement de droit interne ; il n'y a en droit rien d'extraordinaire à ce que la conclusion du traité et son accomplissement par une partie coïncident dans le temps. Mais un tel procédé est, dans la pratique des Etats, beaucoup plus rare que Kohler ne semble le croire. En tout cas, le *contraire* n'est pas possible : un Etat ne peut pas créer une *loi* par la conclusion d'un *traité*, qui l'oblige à faire cette loi. Ce n'est pas seulement pour

international », même quand il oblige un ou tous les contractants à édicter des normes de droit interne, ou quand il suppose l'existence de ces normes, de telle façon qu'il ne peut pas ou ne peut pas complètement être exécuté sans elles, il est impossible, dis je, qu'un traité de ce genre crée du droit interne, sans qu'il soit besoin d'un acte spécial de volonté de l'Etat, tendant à cette création. L'opinion générale reconnaît aujourd'hui que cet acte de volonté est nécessaire. Mais je ne peux pas m'empêcher de reprocher à la plupart des écrivains, même à ceux qui ont en grand nombre indubitablement adopté la théorie exacte, de voiler le véritable aspect des choses par leur manière de s'exprimer. C'est induire en erreur que de dire que la publication d'un traité international par l'Etat, en vue de le faire observer par les autorités et les sujets, a pour effet de *donner au traité sa validité interne* (1), en fait un *élément* du droit étatique (2), lui communique une *efficacité*, *une valeur de droit interne*, une *force législative* (3), etc..., ou que le traité est une *source indirecte du droit interne* (4). Car le traité international reste traité international, même quand il est publié dans un journal officiel ou autrement ; il n'a d'efficacité absolument qu'en droit international public, on ne peut parler que d'une validité internationale des traités, et jamais d'une « validité de droit interne » (5). Même quand il est publié par l'Etat, le traité n'est obligatoire que pour les Etats, et il est inexact encore de dire que la publication le rend *obligatoire* pour les *sujets de*

des raisons formelles, comme le croit Kohler (parce qu'on exige aujourd'hui pour les lois une publication), mais parce que si une prestation peut implicitement constituer la « déclaration tacite de traité », une *promesse* ne peut pas déjà impliquer l'accomplissement « tacite » (V. ci-dessous, p. 121). Je ne crois pas qu'on puisse, dans ce cas, trouver « une double nature » à l'acte de volonté.

(1) v. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3ᵉ édit. Leipzig, 1880, p. 176.

(2) v. Stengel, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Stuttgart, 1886, p. 27, et beaucoup d'autres.

(3) G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, p. 600 sq.

(4) v. Kirchenheim, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Stuttgart, 1887, p. 100.

(5) Unger, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht*, VI, p. 355, dit très exactement : « On ne peut pas *diviser* la validité (d'un traité) ; un traité ne peut pas être valable pour l'extérieur et nul pour l'intérieur. » Mais la raison en est que des normes *de droit interne* ne peuvent pas décider de la « valeur » du *traité*.

*l'Etat* (1) ; ce n'est pas le traité, c'est la norme étatique qui est obligatoire pour ceux-ci. Je tiens même pour scabreuses des tournures comme celle-ci : par son « introduction », le traité prend la « portée » d'une loi (2), le « caractère » d'une loi (3), une valeur ou une force égale à celle d'une loi (4), il agit « comme » une loi (5), il *remplace* une loi ou un règlement (6). Je n'accepterai le reproche de pédanterie que si l'on m'apporte la preuve que, dans toutes les questions qui ont trait à cette matière, il est impossible de mal comprendre les expressions que je blâme, grâce à une distinction générale et sévère, opérée entre ce qui appartient au droit interne et ce qui appartient au droit international (7-8). On peut remarquer seulement que la rédaction vicieuse de nombreuses clauses constitutionnelles (9) a pu faciliter l'accès de la littérature aux expressions

(1) E. Meier, *Ueber den Abschluss von Staatsverträgen*, p. 329 ; v. Roenne, *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 4e édit., I, Leipzig, 1881, p. 79 sq. ; G. Meyer, *op. cit*, p. 187 ; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Fribourg, 1887, p. 361 ; v Kirchenheim, *op. cit.*, p. 100 ; Blumer-Morel, *op. cit.*, II, 2, p. 350, et beaucoup d'autres.

(2) Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, I, Leipzig, 1888, p. 13.

(3) Leuthold, *Königl. Sachs. Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1878, p. 69, n. 1 ; comp. p. 195, n. 2.

(4) Blumer-Morel, *op. cit.*, p. 355 ; G. Meyer, *op. cit.*, p. 45, 188 ; le même, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 2e édit., I, Leipzig, 1893, p. 7 sq. ; Jellinek, *op. cit.*, p. 362.

(5) Schulze, *op. cit.*, I, p. 479 ; le même, *Preuss. Staatsrecht*, 2e édit., I, Leipzig, 1888, p. 13.

(6) v. Roenne, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 2e édit., II, Leipzig, 1877, p. 303 ; E. Meier, *op. cit.*, p. 329.

(7) Cette distinction est opérée à l'égard des traités internationaux, et d'une manière exemplaire, par Laband, *Staatsrecht des deutschen Reichs* (3e édit., I, Fribourg et Leipzig, 1895, p. 567 sq.). Pertinentes aussi les remarques de O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, p. 459. Court mais bon, Gareis, *Allgemeines Staatsrecht*, Fribourg, 1883, p. 20. Comp. aussi Affolter, *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, Stuttgart, 1892, p. 74 sq. (mais pas toujours très profond). — La confusion entre les rapports juridiques de droit international et les rapports juridiques de droit interne est dans la littérature si infiniment fréquente, que seule une discipline étroite dans la terminologie pourrait commencer à réaliser ici un changement.

(8) Quand Zorn (v. ci-dessus, p. 113, n. 6) n'accorde une efficacité juridique à un traité international qu'en tant que loi publiée, on ne doit pas ici le chicaner. On peut cependant remarquer que des tournures comme celle qu'il emploie dans la *Kritik. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XXVII, p. 387 : « le *traité international* est un *droit positif commun* des Etats signataires », ne clarifient pas son opinion.

(9) Des Constitutions spécifient par exemple que les traités avec l'étranger peuvent modifier ou annuler les lois nationales (par exemple, Constitutions

inexactes. Nous avons déjà dit que des malentendus semblables peuvent être causés par suite de la manière dont est formulé le texte de nombreux traités (1).

Le traité international n'est donc jamais en soi un moyen de création du droit interne. Il peut seulement constituer et il constituera très fréquemment une *invitation* à créer ce droit, mais la formation du droit repose toujours dans l'Etat sur un acte particulier de volonté de l'Etat, distinct de sa participation au développement juridique international.

Ceci est suffisamment clair et soulève à peine d'objections, dans le cas où le traité international a pour objet éloigné de régler les rapports juridiques des sujets des Etats. Le traité ne crée de droits et de devoirs qu'entre les Etats. Si les sujets doivent retirer des avantages du traité, ou si, pour son exécution, ils doivent se comporter d'une façon déterminée, la seule manière d'obtenir ces résultats est que l'Etat, par la voie d'une réglementation unilatérale, accorde des autorisations, adresse des ordres ou des interdictions aux individus qui lui sont soumis. Le traité international est, à l'égard de ceux-ci, sans force (2).

On pourrait avoir plus de doutes sur la question de savoir si le traité international — en prenant toujours ici ce mot dans son sens le plus large — doit être transposé en droit interne,

du Württemberg, § 85 ; du Danemark, art. 18), qu'ils peuvent imposer des devoirs et des charges aux nationaux (par exemple, Constitutions de la Prusse, art. 48 ; du Württemberg, § 85 ; loi fondamentale autrichienne sur le pouvoir gouvernemental et exécutif, du 21 décembre 1867, art. 6 ; Constitutions de la Belgique, art. 68 ; du Luxembourg, art 37 ; de la Grèce, art. 32, etc. .) ; il est dit que les traités peuvent recevoir force de loi (comp. le sénatus-consulte français du 25 décembre 1852, art. 3 : « Les traités de commerce faits en vertu de l'article 6 de la Constitution ont force de loi pour les modifications de tarif... »). On sait que le texte de nombreuses Constitutions, qui parlent simplement de la « validité » ou de l'efficacité des traités internationaux, a soulevé de vives controverses (Constitution de l'Empire allemand, art. 11 ; Constitutions de la Prusse, art. 48 ; de la Belgique, art. 68 ; du Luxembourg, art. 37, etc...).

(1) Leoni (*Archiv f. öffentl. Recht*, I, p. 506) soutient encore que le traité international, en tant que tel, constitue pour les nationaux des Etats contractants une norme juridique obligatoire (le traité, quand il règle les rapports juridiques des habitants du pays, est, comme la loi et le règlement, « source du droit interne »). De même, Carnazza-Amari, II, p. 412 ; Laghi, *Teoria dei Trattati internazionali*, Parme, 1882, p. 12. V. aussi Stoerk, dans le *Stengel's Wörterbuch des Verwaltungsrechts*, II, p. 526 (cependant, p. 527); Blumer-Morel, *op. cit.*, III, 2, p. 357 (v. cependant p. 380).

(2) Comp. p. 21.

quand les droits et devoirs qu'il crée doivent être exercés et remplis par les *organes de l'Etat* Il faut circonscrire davantage encore la question. Une loi d'Etat n'est certainement pas nécessaire, quand les organes de l'Etat, en vertu des dispositions du droit interne, peuvent accomplir les actes que prévoit le traité, sans être spécialement autorisés par une loi et abstraction faite du traité. Ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici. La question qui se pose est plutôt la suivante : lorsque la législation de l'Etat exige une règle juridique étatique, qui impose ou accorde aux organes de l'Etat le devoir ou le droit d'accomplir ou d'omettre un certain acte, le traité international, quand il consiste en une *Vereinbarung* créatrice de droit, dispense-t-il l'Etat d'édicter pour ses organes un droit particulier ? L'Etat n'a-t il pas, en collaborant à la formation du droit international, créé *en même temps* un droit national pour ses organes ? Si on voulait répondre à cette question par l'affirmative, il faudrait raisonner ainsi. L'Etat n'est pas une fiction, mais une abstraction. Il n'est que l'unité sous laquelle est *figurée* une collectivité humaine composée de nombreux membres. Une volonté d'Etat, qui ne serait pas couverte par une ou plusieurs ou de nombreuses volontés humaines, cela n'existe pas Imposer une obligation à un Etat, c'est donc toujours imposer une obligation à des hommes, c'est imposer une obligation aux membres de l'Etat. Une règle juridique ne peut jamais exiger de l'Etat un acte, qui ne doive pas au moins être accompli par *un* membre de l'Etat ; car l'Etat ne peut vouloir et agir que par ses membres. Ceux qui sont investis de cette capacité, nous les nommons organes ou facteurs de la volonté de l'Etat. Ainsi les droits et devoirs que le droit international institue pour un Etat ne peuvent jamais être exercés et remplis que par des actes des organes de l'Etat (1). Si une *Vereinbarung* internationale dispose qu'un délinquant extradé ne peut être poursuivi et puni que pour le délit qui a motivé l'extradition, l'Etat. par le fait même qu'il a conclu la *Vereinbarung*, a obligé ses ministres publics et ses juges à se limiter à la poursuite et à la punition du délit sur lequel a été basée l'extradition. S'il reconnaît encore dans une loi particulière le principe de la spécialité, il se donne là une peine

(1) Mais ne sont pas seuls organes de l'Etat ceux qui ont conclu le traité, d'où dérive le devoir de l'Etat. Inexact, Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 347.

superflue (1), car ses organes étaient déjà obligés avant le vote de la loi. Le traité d'extradition produisait le même effet que la loi. Conclusion : le traité d'extradition était en même temps une loi pour les organes de l'Etat.

Ce raisonnement est cependant erroné. Certes, l'Etat n'est rien sans ses organes, et c'est peine perdue que de vouloir imposer une obligation à l'Etat, sans l'imposer à un de ses organes. Mais la *Vereinbarung* d'un Etat avec un autre ne peut pas remplir la fonction d'une loi interne, quand il faut que celle-ci crée des droits et des devoirs pour les *individus titulaires* de fonctions publiques. En vérité, la loi interne que nous envisageons ne crée point de droits et de devoirs entre l'Etat et ses organes ; les organes *sont* l'Etat. Elle institue plutôt des droits et des devoirs entre l'Etat et les personnes physiques, à qui sont confiées les fonctions ; elle les autorise et les oblige à se comporter d'une façon déterminée. Mais la loi nationale régit alors un *autre* rapport que la règle de droit international. Celle-ci ne régit que les relations de l'Etat, en tant que « tout », avec ses semblables. Le rapport entre l'Etat et l'individu lui est inaccessible. Il résulte de ceci qu'à l'égard de la question que nous étudions ici, le droit interne ne peut pas naître d'un acte de la source du droit international.

En général, la pratique des Etats, reposant sur la loi ou sur la coutume, réfléchit fidèlement la théorie juridique. La conclusion du traité par l'Etat avec un autre Etat, et, au cas où le traité le prévoit, l'élaboration d'un droit interne correspondant et conforme au traité, même quand elle a lieu dans la forme imparfaite d'une insertion du traité dans les journaux destinés à publier les lois et les règlements de l'Etat, sont deux opérations séparées extérieurement et chronologiquement. Même dans les monarchies absolues et dans les républiques démocratiques, où la conclusion des traités et la confection des lois sont entre les mains d'un seul et même organe de l'Etat, sans qu'aucun autre ait un droit de participation et de décision, comme, par exemple, dans la Confédération suisse (Constitution fédérale, art. 85, nº 2, 5) (2),

(1) Je laisse ici de côté la question de savoir dans quelle mesure une loi de ce genre présenterait de l'importance au point de vue de la situation de l'extradé.

(2) Comp. Blumer-Morel, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, II, 2, p. 349. Sur les premières Constitutions républicaines de la France à ce point de vue, v. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 183 sq.

la volonté qui conclut le traité et la volonté qui édicte la loi apparaissent comme séparées, en ce sens que l'une se manifeste en entreprenant ou en réglant la ratification, l'autre en effectuant ou en ordonnant la publication. Il n'en est pas autrement dans les monarchies constitutionnelles ou les républiques à président, où la représentation nationale a, de par la Constitution, non seulement un droit de coopération ou d'approbation, par suite de ce qu'il lui appartient de voter les mesures d'application nécessaires pour l'exécution du traité, mais a aussi compétence pour conclure le traité lui-même ou pour collaborer à cette conclusion, — sans préciser d'ailleurs si et dans quelle mesure ceci se présente réellement dans quelque pays. Car le fait de consentir à la conclusion du traité et le fait de consentir à une modification de la législation interne, bien qu'exprimés dans *une seule* décision, seraient cependant l'approbation de deux actes de l'Etat fondamentalement différents, qui naissent régulièrement et extérieurement de façon différente. Il est donc par suite inexact, dans des cas de ce genre, de déclarer le traité international et la loi « identiques » (1).

Mais il est *possible* que la Constitution d'un Etat décide que les traités conclus par les organes compétents de l'Etat, peut-être même aussi les autres *Vereinbarungen* internationales, par exemple les décisions des organes d'une confédération dont cet Etat est membre, doivent avoir la force d'une loi nationale, sans qu'il soit besoin d'une publication de la manière prescrite pour les lois internes. Si, par exemple, l'opinion de Calhoun sur la Constitution de l'Union nord-américaine (2) ou celle de Seydel sur la nature de l'Empire allemand étaient exactes (3), il serait, ici comme là, prescrit par la loi particulière des Etats-

(1) E. Meier, *Abschluss von Staatsverträgen*, p. 110. (Mais il ne doute pas que le traité doive être publié, pour « tenir la place » d'une loi, p. 329).

(2) Comp. Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 187 sq. — On a dit à tort que « dans les Etats allemands, qui considéraient les décisions de la Confédération allemande comme une partie du droit interne, tout principe du droit confédéral allemand et toute décision confédérale étaient *en même temps* principe et décision du droit étatique » ; Rudhart, *Recht des deutschen Bundes*, Stuttgart et Tübingen, 1822, p. 58 sq. Car quelque rares que soient les Constitutions particulières allemandes qui se soient prononcées sur les rapports du droit fédéral et du droit particulier, elles ont cependant toutes exigé la publication par le gouvernement de l'Etat ; sans cette publication, aucune décision fédérale ne pouvait avoir une « efficacité de droit interne ».

(3) V. not. *Commentar zur deutschen Reichsverfassung*, 2e édit., p. 15 sq.

membres, que les lois de l'Union ou de l'Empire deviendraient loi interne de chaque Etat-membre, commune à tous, par la publication émanée des organes de l'Union ou de l'Empire, et sans publication de la part des Etats particuliers. La Constitution des « Etats confédérés d'Amérique » du 11 mars 1861, basée sur la doctrine de Calhoun, nous offre un exemple pratique de cette idée (1). On cite aussi généralement en cette matière une disposition souvent discutée de la Constitution de l'Union américaine. L'article VI, sect. 2, dispose : « *This constitution and the laws of the United States, which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be supreme law of the land* ; *and the judges in every state shall be bound thereby, any thing in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.* » D'après l'opinion qui domine parmi les juristes américains, ce texte a conféré au président de l'Union, à qui, on le sait, est attribué en commun avec le Sénat le « *treaty making power* » (art. II, sect. 2), le pouvoir d'introduire des dispositions dans le droit interne par voie de conclusion de traités avec l'étranger, de telle sorte que la participation de la Chambre des Représentants à la confection de la loi qui doit modifier le droit interne conformément au traité, se réduit, dans le cas le plus favorable, à une simple formalité. E. Meier, au contraire, d'accord avec une petite minorité d'écrivains américains, me paraît avoir démontré, d'une façon convaincante (2), que cette disposition, d'après tout le contexte, ne signifie que ceci : les traités de l'Union sont, au même titre que les lois de l'Union, « *supreme law* », c'est-à-dire que les normes qu'ils contiennent sont supérieures au droit des Etats particuliers. Mais je ne dois pas entrer ici dans l'examen de cette difficile question. Je veux seulement remarquer *ici* en passant qu'il est inexact de prétendre, comme on le fait couramment en se basant sur cet article de la Constitution, que, dans le droit et la pratique des Etats-Unis, un traité international ratifié par le président avec l'assentiment du Sénat, et qui doit exercer une influence sur le droit interne, produit cet effet *sans une activité ultérieure* du gouvernement de l'Union (3). Admettons cependant qu'il en soit ainsi ; admettons

(1) Jellinek, *op. cit.*, p. 194 sq.
(2) *Abschluss von Staatsverträgen*, p. 191 sq., not. p. 196 sq.
(3) Parmi les écrivains récents, Bornhack, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin,

que, ni d'après le droit constitutionnel, ni d'après la pratique dominante, un traité n'ait besoin d'aucune expédition ni d'aucune publication pour « devenir droit interne ». Est-il pour cela admissible de dire que la conclusion du traité et l'établissement du droit interne sont essentiellement une seule et même chose, que le traité, s'il crée du droit international objectif, crée *en même temps* du droit interne ? Est il exact, dans les cas ci-dessus mentionnés, où il s'agit en réalité ou en apparence de rapports fédéraux, de dire que le droit fédéral est *en même temps* droit particulier, parce que la Constitution de l'Etat-membre a déclaré superflue une publication particulière des décisions fédérales ? Certainement non.

Certes, à l'instant même où s'achève l'acte de droit international, s'achève aussi l'acte étatique de création du droit ; c'est par la conclusion du traité, par exemple, qu'est créé le droit interne. Mais cet effet de l'acte international repose toujours et seulement sur la force de la loi interne antérieure, qui a institué une fois pour toutes l'action du traité international sur le droit interne, au lieu de faire suivre, comme dans les autres Etats, le traité de la loi. C'est tout à fait ce qui se passe dans les pays où la Constitution attribue force législative aux décisions futures d'un tribunal supérieur (1). Personne ne soutiendra ici que les

1896, p. 233 sq., paraît être de cet avis. Du moins, je ne comprends pas autrement ses observations. V. plus loin.

(1) Comp. les exemples dans Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, I, 3e édit., Berlin, 1893, p. 188, n° 17 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p 177, n° 3. Le cas qu'on suppose ici n'a naturellement rien à voir avec le cas où la Constitution ou des lois particulières attribuent à un organe de l'Etat, notamment au chef de l'Etat, le pouvoir de modifier le droit interne existant par la conclusion ou l'exécution de certains traités sans la participation du Parlement ; ainsi, par exemple, quand le sénatus-consulte français souvent cité du 25 décembre 1852 décidait que les traités de commerce conclus par le Président auraient « force de loi » à l'égard des modifications de tarifs qu'ils stipulaient ; ou quand l'*Act* anglais *for the regulation of duties of postage* (3 et 4, Vict. c. 96) accorde aux *Commissionners of the Treasury* compétence pour conclure des traités de tarifs postaux ; ou quand l'acte d'extradition de 1870 (33 et 34 Vict. c. 52 ; Prel. sect. 2) accorde à la reine le droit de conclure des traités d'extradition d'un certain contenu sans une approbation spéciale du Parlement (Comp. E. Meier, *op. cit.*, p. 144 sq.). Il s'agit ici d'une délégation du droit de faire des règlements, dans le but de modifier, par voie de traité, le droit interne. Par suite, cette modification s'accomplit, non point au moment où le traité est parfait, mais seulement quand il est « introduit » par un décret, un *order in council*, un *treasury warrant*, etc. Comp. aussi les lois fédérales alleman-

décisions des juges ont, en même temps, le caractère de lois. Dans l'un et l'autre cas, une déclaration de volonté, qui ne tend point à l'établissement d'un droit interne, reçoit d'avance cet effet, que le contenu qui doit lui être emprunté et qu'elle ne formule pas toujours positivement devient contenu d'une règle de droit interne.

Une *source du droit interne* est aussi peu capable de produire par elle-même une règle du *droit international*, qu'une *source de droit international* de créer, par elle-même, du *droit interne*. Elle peut peut être la reproduire, ainsi que nous le verrons ; elle ne peut jamais la créer.

En ce qui concerne la *loi*, cette proposition a été expliquée dans une autre partie de ce livre ; et on a en outre montré de quelle manière une loi d'Etat peut *participer* à la formation de règles internationales (1). Il suffit ici de rappeler la vérité, qui, à mon avis, est inattaquable. Elle est d'ailleurs à peine combattue. Si des auteurs de droit international comptent fréquemment la loi parmi les « sources » du droit international, cela s'explique, ou bien parce qu'ils donnent à l'expression « source du droit » un sens différent du nôtre : ils comprennent par là le moyen de connaissance du droit, et ils réduisent le droit international, suivant l'opinion qui est encore aujourd'hui très largement répandue et que nous avons mentionnée plus haut, à une « conviction juridique » internationale. La loi d'Etat prouve, par son existence et son contenu, que cette conviction existe (2). Ou bien, l'affirmation qu'une loi contient « des règles de droit international » (3), qu'elle a « pour contenu » et qu'elle peut « développer » le droit international existant (4),

des du 1er juin 1870 sur l'acquisition et la perte de la nationalité, § 21, al. 30, et du 22 mai 1881, sur le cabotage, § 2, etc.

(1) V. ci-dessus, p. 32, 100.

(2) Comp. ci-dessus, p. 98 n. 1.

(3) v. Holtzendorff, H. H., I, p. 117. — Il pense que l'Etat, par sa loi, « *sanctionne* certains principes fondamentaux pour reconnaître ses devoirs internationaux ».

(4) v. Bulmerincq, *Krit. Vierteljahrsschrift*, XXII, p. 411. Mais il n'a en vue par « développement » que l'impulsion donnée à la formation du droit coutumier. C'est du moins ce que je conclus de sa référence au code de droit maritime italien, lequel contient, comme on sait, des dispositions très libérales, qui sont certainement en avance sur le droit international actuel.

est entendue dans un sens autre que l'inexactitude de l'expression peut seule facilement obscurcir (1).

Comment en va-t-il maintenant avec le *droit coutumier interne* ? Je dois ici aussi résister à la tentation d'entrer dans l'examen de la nature si controversée de ce droit. Je suis très enclin à voir en lui, dans la mesure où il est droit et non point seulement coutume, un droit étatique, c'est-à-dire reposant sur l'autorité de la volonté étatique et ne différant du droit législatif que par la manière dont se constitue son contenu. S'il en est ainsi, ses rapports avec le droit international ne peuvent certainement pas être autres que ceux qui existent entre ce droit et le droit législatif. Mais même si on n'admet pas cette opinion, on ne réussira cependant par aucun moyen à faire sortir d'une coutume de droit interne une règle de droit international, *tant qu'on maintiendra que le droit international public n'est qu'un droit qui lie les Etats en tant que tels.* J'admets qu'une partie de la société, réunie par des intérêts semblables, peut produire d'elle-même du droit sans la collaboration de la puissance étatique. Mais comment ceci pourrait il être un droit qui s'impose à plusieurs Etats ? Je concède qu'on puisse concevoir un droit coutumier, qui soit juridiquement produit dans une collectivité dont les limites s'étendent au delà des frontières d'un Etat, par exemple, un droit coutumier « général » des commerçants, des marins, des sociétés d'assurances, etc... Mais cela ne serait pas davantage du droit international. Tant qu'au moyen d'une formation *particulière* du droit international, le devoir n'aura pas été imposé aux différents Etats d'observer ce droit individuel « général », soit par une loi d'un contenu correspondant, soit par un ordre quelconque donné à ses tribunaux, ce droit coutumier individuel n'aura rien à faire avec le droit international (2). Mais alors, si je peux rappeler ce qui a

(1) Schlief, *Der Friede in Europa*, Leipzig, 1892, p. 6, dit : « Au droit international public appartiennent non seulement les principes relatifs aux rapports internationaux comme tels, mais aussi les lois écrites et non écrites des *différents Etats* intéressés, dans la mesure où ces principes et ces lois règlent les limites de la sphère étatique et la qualité internationale de toute communauté politique. » Cela n'est pas clair par soi-même et n'est pas clarifié par le contexte. Du reste, Schlief estime que le droit international public *actuel* n'est pas encore un droit, p. 9 sq.

(2) Réciproquement, le droit international coutumier ne remplace pas l'action de la source de droit interne. Klöppel, *Die leitenden Grundsätze des internationalen Privatrechts*, *Böhm's Zeitschrift*, I, p. 46, écrit : « Sous le

été dit plus haut, le droit international ainsi produit a un autre contenu que le droit individuel auquel il se rapporte.

II

On ne pourrait aboutir à une opinion différente de celle qui est exposée ici, au sujet de la question que nous traitons, que par deux voies, qui toutes deux d'ailleurs ont été suivies (1).

On sait que l'histoire de la science du droit international est aussi intimement que possible mêlée à l'histoire de ce qu'on a appelé le droit naturel. Elle a noué avec celui-ci, lors de sa fondation par Hugo Grotius, une alliance intime, qui s'est manifestée dans la littérature, et, depuis Pufendorf, dans la doctrine académique. Ce n'est que peu à peu que les liens qui les unissaient sont devenus de lourdes chaînes pour le droit international. Il n'y a pas longtemps encore qu'elles sont détachées. Et ceci explique pourquoi la conception juridique du droit naturel a exercé jusqu'à notre époque une influence décisive sur les idées qu'on se faisait des rapports du droit international et du droit interne. Je ne tiens pas compte ici de ce que beaucoup des anciens publicistes reconnaissent un droit des gens positif à côté du droit des gens naturel. Je n'envisage que la doctrine, qui considère le droit des gens ou une partie du

rapport dont il s'agit, à savoir sous le rapport de l'application du droit étranger par le juge interne (qui, faute d'un renvoi législatif, doit s'en tenir au droit coutumier), la *coutume internationale*, qui cependant ne lie en tant que telle que les Etats entre eux, est *nécessairement et en même temps droit coutumier* de tout Etat particulier appartenant à une société internationale, car elle ne peut se manifester que par les organes juridictionnels de ces Etats. » Une pensée certainement exacte perce là-dessous. A la règle de droit international, qui impose à l'Etat l'application du droit étranger par ses tribunaux, *correspond* une règle de droit interne, qui impose au juge cette application. Il s'agit ici, comme nous le dirons plus tard, d'une règle de droit interne « internationalement ordonnée ». Mais la soi-disant règle du droit international n'est pas *en même temps* règle de droit interne : on sait aussi qu'elle n'est pas *partout* observée par le droit interne. Et son contenu est différent de celui de la règle du droit interne. Elle statue, comme Klöppel le remarque justement, sur le devoir d'un Etat vis-à-vis d'un autre Etat ; tandis que celle-ci statue sur le devoir du juge vis-à-vis de son Etat. — V. aussi Zitelmann, *Intern. Privatrecht*, I, p. 196 sq.

(1) Je dois, dans ce qui suit, toucher à plusieurs des points qui ont été déjà traités. L'exposé reçoit ainsi une certaine étendue, que je regrette, mais que je ne puis éviter.

droit des gens comme droit naturel. Si l'on ramène ce droit international (qui est le droit en vigueur entre les Etats) et le droit qui existe à l'intérieur des Etats à la nature ou à la raison ou à une source semblable, on aboutit non plus à un dualisme des sources du droit des gens et du droit interne, mais à une source unique, d'où découlent en même temps ces deux droits. Un rapport entre les sources est donc inconcevable. Une contradiction entre le droit interne et le droit des gens, pour faire dès maintenant cette remarque incidente, est impossible. Car la nature ne peut pas décider ici dans un sens, là dans un autre ; ce que la raison estime ici « droit » ne peut pas être en contradiction avec le droit qu'elle reconnaît là. L'opposition du droit international et du droit interne ne peut donc pas être une opposition des sources, mais seulement une opposition des rapports sociaux régis par ces sources, en ce sens que l'un de ces deux droits traite comme sujets des rapports qu'il régit les Etats, et l'autre les Etats et les individus, ou ceux-ci seulement ; le droit international et le droit interne ne sont pas deux systèmes juridiques distincts, mais deux parties du même droit (1).

J'avoue franchement que ces pensées ne se trouvent jamais très purement exprimées chez les écrivains en question. Mais je considère comme absolument certain qu'elles ont formé et qu'elles forment encore aujourd'hui le fondement effectif de plus d'une doctrine. Elles se sont notamment manifestées comme des puissances néfastes dans le domaine de ce qu'on appelle le droit international privé et pénal, et c'est principalement à elles qu'il faut attribuer le fait qu'il règne encore en si grand nombre dans ces disciplines des conceptions si particulières ; elles se sont manifestées aussi dans les matières où le droit coutumier joue un rôle décisif pour la formation du droit ; mais c'est surtout quand le droit a pour source cette mystique « conviction populaire » ou bien la conscience juridique que l'influence de ces conceptions est visible. Naturellement si l'on considère comme source des règles qui régissent tous les « rapports internationaux » possibles, parmi lesquels rentrent les rapports d'Etat à Etat au même titre que tous les autres, la

(1) La réunion, autrefois habituelle, du droit naturel et du droit des gens signifiait, de ce point de vue, non point la réunion de deux systèmes juridiques, mais la réunion de deux parties du droit, à savoir : du droit des gens naturel et de tout l'autre droit naturel.

« nature des choses » ou « une conviction juridique internationale », il est logique de concevoir le droit international public, le droit privé international et le droit pénal international simplement comme des parties d'un seul et même ordre juridique ; c'est d'ailleurs arrivé, comme on le sait, extraordinairement souvent dans la littérature moderne du droit international ainsi que dans celle des sciences spéciales (1). Ainsi la théorie, si je puis ainsi dire, « monistique » des sources se trouve, non point toujours, mais fréquemment, à la base de ce dogme, qui, par une simple interversion des mots, fait du droit privé international un droit international privé (*privates Internationalrecht*, *private international law*) (2), et oppose celui-ci au droit des gens, au droit international public (*öffentliches Internationalrecht*, *public international law*), faisant de ces deux droits les enfants de la même mère. Le droit international privé, dans ce sens, est tout le droit international qui ne se rapporte pas exclusivement aux relations entre Etats comme tels, et ainsi s'explique l'introduction si fréquente, et qui au premier abord apparaît comme si singulière, particulièrement à nous autres, Allemands, de tout ce qu'on appelle le droit *pénal* international dans les cadres du droit *privé* international (3).

(1) V. ci-dessus, p. 23 sq. On comprend clairement maintenant pourquoi l'ancienne et la nouvelle école du droit de la nature considèrent d'une façon générale le droit international comme un droit pour et entre les individus. Car s'il y a un droit, naissant et subsistant indépendamment de la volonté humaine et découlant de la « nature », il doit naturellement régir tous les rapports possibles entre les hommes. Les développements de Bluntschli, *Völkerrecht* p.59, 61,68 sq., 170 ; de Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, I, Tübingen, 1860, p. 586, 620 sq ; de Lorimer, *Institutes of the law of nations*, I, Edimbourg et Londres, 1883, p. 5 et autres ; de Fiore, *Diritto internazional*, I, p. 167 sq., 436 sq , etc... ne s'expliquent que parce que ces écrivains sont prisonniers de leur conception du droit naturel.

(2) Je n'entends pas par là une succession chronologique des termes ; on sait que l'expression allemande « *internationales Privatrecht* » est plus récente que les expressions françaises « droit international privé », etc.

(3) Fœlix, *Traité de droit international privé*, 4ᵉ édit., par Demangeat, I, Paris, 1866, p. 1 et sq ; v. Mohl, *Geschichte und Litteratur der Staatswiss.*, I, Erlangen, 1855, p. 450 ; v. Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatrechts*, 2ᵉ édit., I, p. IX ; *Lehrbuch des internat. Privat- und Strafrechts*, Stuttgard, 1892, p. 3 sq. ; v. Neumann, *Grundriss des Völkerrechts*, 3ᵉ édit., p. 30 ; Westlake, *Lehrbuch des internat. Privatrechts*, édit. allemande par v. Holtzendorff, Berlin, 1884, p. 6 ; Brocher, *Cours de droit international privé*, Paris et Genève, I, 1882, p. 21 sq ; III, 1885, p. 237 sq. ; Lainé, *Introduction au droit international privé*, I, Paris, 1888, p. 11 sq. ; Weiss, *Traité élémen-*

Un second raisonnement, dont le point de départ est tout à fait différent de celui que nous venons d'indiquer, conduit aussi à nier le dualisme des sources du droit international et de celles du droit interne. Absolument opposé à la manière de voir du droit naturel, il est propre aux écrivains que l'on désigne de préférence du nom de « positivistes ». On doit préciser ce raisonnement de la façon suivante. Un droit international public, qui doit être obligatoire pour l'Etat, ne peut être produit que par l'Etat. Si la volonté de l'Etat ne se lie pas elle-même par une norme, il ne naît aucune règle juridique qui s'impose à elle. Le droit international public repose sur la seule volonté de l'Etat. Par suite, le droit international public est un droit étatique, et puisque le droit interne (en totalité ou en partie) sort également de cette volonté, les deux droits naissent ainsi d'une *seule et même* source. Le droit international public est *en même temps* droit interne.

Il y a d'abord en ceci une chose de complètement exacte. Le droit international tout entier est un droit *pour l'Etat*, il crée des droits et des devoirs subjectifs pour l'Etat. Mais une partie considérable du droit interne produit les mêmes effets, notamment le droit public, en tant qu'il régit les rapports de l'Etat avec ses sujets. En ce sens, l'un et l'autre droits sont deux droits de l'Etat, et le droit international peut être appelé « droit de l'Etat ». C'est en partant de ce point de vue que, par exemple, Berner (1) dit : « Appartient aussi au droit positif de l'Etat particulier son droit dirigé vers l'extérieur, son « droit public externe », c'est-à-dire, l'ensemble des dispositions et des conventions internationales, qui expriment les rapports juridiques de cet Etat avec les autres Etats Chaque Etat a *son* droit public interne et *son* droit public externe, et ce droit public externe est *une partie* du droit international public » (2). Mais que

*taire de droit international privé*, 2e édit., Paris, 1890, Introd., p. 34 sq. — En sens contraire, v. Rohland, *Intern. Strafrecht*, I, Leipzig, 1877, p. 2 ; Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, p. 372, n. 5 ; Asser, *Intern. Privatrecht*, édit. par v. M. Cohn, Berlin, 1880, p. 2 ; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 1890, p. 7 ; Despagnet, *Précis de droit international privé*, 2e édit., Paris, 1891, p. 17 sq. ; Jitta, *La méthode du droit international privé*, p. 45.

(1) Article *Völkerrecht* dans le *Bluntschli und Brater's Staatswörterbuch*, XI, p. 78.

(2) Je ne pense pas que v. Holtzendorff veuille dire autre chose lorsqu'il

résulte-t-il de ceci ? Est-il donc impossible que le droit international et le droit interne découlent d'une seule et même source ? Ne faut-il pas que ce qui vaut *pour* moi, c'est-à-dire ce qui est « mon droit », soit essentiellement semblable à la norme que je me suis imposée à moi-même ?

On raisonne au contraire de la façon suivante : le droit international public ne vaut pas seulement *pour* l'Etat ; il repose sur *sa* volonté et sur sa volonté *seule* ; mais c'est pour cela qu'il n'est pas autre chose que le droit interne, lequel ne sort également que de la volonté de l'Etat. Comme on le voit, il s'agit ici de la conséquence la plus importante de l'opinion que nous avons combattue plus haut et qui est notamment représentée par Bergbohm et Jellinek, d'après laquelle l'Etat ne rencontre en droit international public que *sa propre* volonté. Si cette opinion est exacte, la conclusion s'en impose inévitablement. Alors, on ne peut plus trouver de différence entre les sources du droit international et celles du droit interne. Mais alors aussi, on n'est autorisé par rien, ainsi que nous l'avons déjà dit, à croire à un droit international distinct. Alors il est grand temps d'effacer ce numéro du catalogue du droit, car non seulement, comme le dit Jellinek dans son livre sur les traités internationaux (1), « *une grande partie* du droit international » n'existe plus en fait que « sous la forme d'un droit étatique externe » ; non seulement, comme il l'a dit plus tard d'une façon plus radicale (2), tout le droit international constitue un élément de « l'ordre juridique étatique », un « droit propre » de l'Etat, un « droit d Etat », mais encore le droit international tout entier n'est que du droit étatique externe (3). Plus logi-

écrit : « Quand les Etats souverains contractent avec leurs semblables dans l'intention de produire du droit, ils veulent créer une norme, qui... Chaque Etat crée ainsi, en ce qui concerne sa propre conduite vis-à-vis de l'étranger, un devoir juridique permanent, dont la force obligatoire est au fond *complètement semblable* à celle des devoirs qui sont *reconnus par la Constitution* et qui s'imposent à la puissance étatique *agissant à l'intérieur*. » H. H., I, p. 98.

(1) P. 46 sq.

(2) *Gesetz und Verordnung*, p. 348.

(3) Nippold (*Völkerrechtliche Vertrag*, p. 18 sq., 30 sq., 65 sq.) doit aussi continuellement se contredire, pour concilier l'opinion de Jellinek avec la thèse que le droit international et le droit interne sont choses différentes. V. contre lui Menzinger, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht*, XXIII, p 182. On doit en dire autant de la thèse soutenue à

quement, Bergbohm a fait le pas que Jellinek, dans le traité que nous avons plusieurs fois cité, n'avait pas osé faire, et il a écrit : « International, national, c'est une distinction qui n'est admissible que dans certains buts. La division en différents « compartiments » du *droit d'un Etat, dont fait partie le droit international*, ne peut pas être maintenue quand la question se pose du droit entier, *en soi toujours un*, de l'Etat ». Il résulte de ces prémisses, non point qu'*une* source peut produire en même temps du droit international et du droit interne, mais qu'il n'y a pas un droit international qu'on doive distinguer des autres parties du droit, sinon pour des motifs didactiques (1). Mais si l'hypothèse est fausse — et je crois pouvoir le soutenir — la conclusion tombe. Si l'Etat rencontre en droit international non seulement sa propre volonté, mais aussi une autre volonté, même si celle-ci est partiellement formée de la sienne, cette source est autre que celle d'où découle le droit interne, c'est-à-dire le droit établi par lui seul pour tout ce qu'il considère comme lui étant soumis. Que sa volonté s'incorpore dans la volonté commune qui crée le droit international, cela ne change rien. Autrement, tout le droit qui vaut *pour* un Etat, et qui a été créé avec sa collaboration, découlerait de la même source que celui qu'il a mis seul au monde. Alors, tout le droit de l'Empire serait en même temps droit particulier, parce que la volonté de l'Etat-membre est incluse dans la volonté législative de l'Empire. On objectera que la comparaison cloche, parce que la volonté fédérale lie, en tant que volonté d'une majorité, les volontés *opposées*. Soit, mais qu'on pense aux modifications de la Constitution qui sont prévues dans le deuxième paragraphe de l'article 78 de la Constitution de l'Empire (2), et qui ne peuvent être réalisées sans l'approbation de l'Etat particulier. Une loi constitutionnelle de

Greifswald par Berndt. *Der rechtliche Schutz völkerrechtlichen Normen nach deutsch. Reichsrecht* (1894).

(1) On comprend ainsi encore pourquoi cette école « monistique », exactement comme l'école du droit naturel, mais par une voie tout autre, peut aboutir à cette conclusion de considérer comme applicables aux individus les règles du droit international public. V. Bergbohm, *Staatsverträge*, p. 23, 28 sq., et particulièrement, p. 36.

(2) « Les prescriptions de la Constitution d'Empire, qui déterminent les droits des divers Etats particuliers dans leurs rapports avec l'ensemble, ne peuvent être modifiées qu'avec le consentement de l'Etat particulier intéressé. »

cette sorte est une règle du droit fédéral, à la création de laquelle *doit* participer la volonté de l'Etat, dont la situation est atteinte sous le rapport en question ; les choses sont exactement les mêmes que dans la formation d'une règle du droit international. Or, le droit fédéral est-il ici en même temps droit particulier ? L'exemple me paraît d'autant mieux choisi, que nous avons affaire ici, dans le droit constitutionnel de l'Empire allemand, à un des rudiments de droit international dont nous aurons à reparler plus tard.

## III

On a pris l'habitude d'appuyer les considérations que nous venons de combattre ou des considérations semblables sur un principe de la littérature et de la jurisprudence *anglaises* et *anglo-américaines*, lequel, dit-on, est unanimement reconnu en Angleterre comme aux Etats-Unis. D'après cette conception, le droit international public en général, ou le droit international européen, ou au moins le droit international coutumier serait en même temps *partie intégrante du droit national anglais et américain*. Des écrivains, qui ne se placent pas ou pas complètement au même point de vue, parlent de ce principe comme d'un fait remarquable (1). Cette doctrine aboutirait ainsi à une conséquence opposée à la théorie, qui a été défendue dans les pages qui précèdent. Son existence ne pourrait naturellement pas former en soi une contre-démonstration ; il m'est néanmoins impossible de me contenter de l'indiquer comme opinion divergente. Car depuis longtemps le droit et la jurisprudence anglais prennent des deux côtés de l'Océan, en matière de droit international, une place si prépondérante, que dans un travail sur le droit international il n'est pas permis de passer insoucieusement devant les principes incommodes qui y sont unanimement admis, surtout quand ces principes

(1) V. entre autres, Geffcken, *Das Problem des Völkerrechts*, *Nord und Süd*, XI, p. 235 ; v. Martens-Bergbohm, I, p. 12, n° 9 ; v. Bulmerincq, *Völkerrecht*, p. 189 ; v. Holtzendorff. H. H., I, p. 121 ; Rivier, *Lehrbuch*, p. 7 ; *Principes*, I, p. 24 ; Mattersdorf, dans la *Böhm's Zeitschrift*, II, p. 593, n° 29 ; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, p. 337, n. 7. — Un aperçu critique d'ensemble sur la littérature anglaise en cette matière n'a jamais encore été donné. Je crois devoir, pour cette raison, entreprendre de le donner.

sont formulés d'une manière aussi nette qu'ici, et quand, à cause du cercle d'idées dont ils sortent, il est interdit de penser qu'ils sont dus à cette partialité nationale, qui a été reprochée, non sans raison, aux internationalistes anglais. Je ne peux donc pas m'empêcher d'examiner la question : cette conception est-elle réellement en Angleterre et en Amérique indiscutée ou dominante, son essence correspond-elle à la formule par laquelle on l'exprime, ou bien avons-nous peut-être affaire à une pensée exacte et utile, présentée d'une façon théoriquement fausse, ou enfin, comment s'expliquer dans la science juridique anglaise une conception qui contredit si diamétralement les nôtres ?

Il faut d'abord établir que toute une série d'écrivains anglais ou bien ne mentionnent pas du tout le dogme dont nous parlons, ou bien le mentionnent très incidemment, comme une opinion étrangère de peu d'importance ; quelques-uns le traitent tout à fait dédaigneusement. Parmi ces écrivains, les uns s'occupent du droit international, les autres du droit général ; je tiens compte de ces derniers, dans la mesure seulement où il aurait été en soi et pour soi vraisemblable qu'ils parlent de cette doctrine, étant donné le lien de leurs études avec le droit international. Et les auteurs que nous examinons ici appartiennent, non seulement à une direction, mais aux directions scientifiques les plus diverses.

Il n'y a pas lieu de s'étonner d'abord que les adeptes de ce qu'on appelle l'*analytical school* se dérobent. La doctrine de leur chef, Austin, est basée sur Hobbes (1) et Bentham (2), mais elle contient plus de force et de logique qu'on n'en trouve dans les écrits de ceux-ci. Le concept juridique qui a été établi par Austin (3), et dont l'essentiel a été accepté par ses successeurs, ne comporte absolument aucune application à l'ensemble des règles qu'on appelle droit international. Si le « *law* », au sens étroit et seul juste du mot, est un « ordre », qu'un « *political superior* » a émis en cette qualité ou a fait émettre

(1) V. notamment, *Elementa philosophica de cive*, cap. 14, §§ 2, 7, 8, 15 ; cap. 6, § 9 ; *Leviathan*, cap. 6.

(2) Comp. en particulier *Introduction to the principles of morals and legislation* (Nouv. édit., Londres, 1823), II, p. 232 sq., surtout p. 266 sq.

(3) Austin, *Lectures on jurisprudence*, 4e édit., par R. Campbell, Londres, 1879.

par d'autres, et dont l'inobservation est menacée d'une peine (*sanction*) (1), il est évident que le droit international n'est pas un droit ; les règles de ce qu'on appelle le droit international, qui ne naissent que d'un accord de vues des cercles participants, et qui n'ont d'autre contrainte qu'une « *moral sanction* », doivent être considérées simplement comme une « *positive morality* » : c'est une inexactitude que de les appeler « *law* » (2). Il ne peut donc pas y avoir de norme qui soit *à la fois* droit international et droit interne : car ce qu'on appelle le droit international, puisque ce n'est qu'une morale positive, n'a force de loi à l'*intérieur d'aucun pays* (3). Certes, de même que le droit véritable peut accueillir en lui-même des éléments du droit étranger, des usages ou des théories scientifiques, et en *faire* ainsi du droit, de même il a souvent aussi accueilli cette morale positive internationale, notamment en Angleterre, où une partie du *judiciary law* doit son origine à cette source (4). Par là, des règles sans caractère juridique sont *transformées* en droit (5). De même, d'après J.-F. Stephen (6), les coutumes dont se compose le droit international, que l'on qualifie à tort de *law* (7), ne deviennent droit anglais et, d'une façon générale, droit, que par un statut particulier du Parlement, ou par la déclaration du juge, qui équivaut essentiellement à la déclaration législative et qui opère quand le Parlement n'a fait aucune législation (*they are by the law of England a part of the law of England*). La même opinion est professée par Pomeroy (8) qui s'appuie beaucoup sur Austin, et par J.-K. Stephen, qui, en se basant sur l'analyse faite par Austin du concept de droit, refuse au droit international public toute existence, et veut réduire la science du droit international à une doctrine des « rapports internationaux » (9). Il remarque cependant quelque

(1) Austin, *op. cit.*, p. 81 sq., 88 sq., 173 sq., 183 et autres.
(2) *Op. cit.*, p. 89, 177, 187 sq., 231 sq., 780 sq.
(3) *Op. cit.*, p. 656.
(4) Je conserve intentionnellement l'expression anglaise et ne la remplace pas par « droit juridictionnel » (*richterliches Recht*). Austin, en effet, distingue très nettement entre le *judiciary law* et le *judge-made law* ; comp. p. 670. Je ne veux pas entrer ici dans l'exposé de la distinction.
(5) *Op. cit.*, p. 656 ; v. aussi p. 660.
(6) *History of the criminal law of England*, II, Londres, 1883, p. 40 sq.
(7) *Op. cit.*, II, p. 41 et autres.
(8) *Lectures on international law*, p. 15 sq., 20 sq., et surtout p. 20, 25 (Comp. ci-dessus, p. 113 sq.).
(9) *International law and international relations*, Londres, 1884. Par sa

part que les privilèges des ambassadeurs et leurs exceptions forment une partie du *common law* d'Angleterre, mais il se contente d'expliquer cette expression à l'aide de ces mots : « c'est-à-dire ce qui manifeste l'opinion des juges anglais sur l'influence du droit international » (1). Holland, dont les conceptions juridiques ne permettent de considérer le droit international que comme une sorte de code de la morale (2), ne mentionne pas la doctrine en question (3), et l'écrivain qui suit peut-être le plus fidèlement les traces du maître Austin, Markby (4), ne prononce pas, si je ne me trompe, une seule fois, le mot « droit international ». D'autre part, des juristes qui, tout en comptant parmi les membres de l'école analytique, se séparent cependant de son chef sur des points essentiels et le contredisent principalement en ceci, qu'ils refusent de nier la valeur juridique du droit international, considérant cette négation comme un purisme exagéré, restent cependant étrangers au dogme dont nous parlons ici. Ou bien, ils le négligent complètement, comme Creasy (5), Pollok (6) et Lightwood (7) ou bien, si, comme Clark (8), ils le mentionnent, ils le traitent avec une indifférence visible.

Mais si l'attitude de l'école que nous venons d'examiner s'explique facilement pour des raisons profondes, il est au contraire frappant, que des internationalistes anglais et américains, qui professent des opinions tout à fait opposées sur la question fondamentale de la théorie du droit en général, ne paraissent pas connaître le prétendu dogme du droit anglais, d'après lequel le droit international est en même temps droit interne anglais ou

proposition d'une science spéciale des « relations internationales », il a en vue une sorte de droit public, limité aux rapports externes de l'Etat. Pour établir la *possibilité* d'une telle discipline, il n'était guère besoin d'écrire toute une monographie !

(1) *Op. cit.*, p. 107.

(2) *Elements of jurisprudence*, 7ᵉ édit., Oxford, 1895, p. 37, 117 sq., 343.

(3) Il affirme que dans le droit international public, il ne s'agit que de rapports d'Etat à Etat ; *op. cit.*, p. 345.

(4) *Elements of law considered with reference to principles of general jurisprudence*, 5ᵉ édit., Oxford, 1896.

(5) *First platform of international law*, Londres, 1876. Du moins, ne puis-je pas trouver chez lui une observation qui ait indubitablement cet objet.

(6) *Essays in jurisprudence and ethics*, Londres, 1882.

(7) *The nature of positive law*, Londres, 1883 (comp., p. 386 sq.).

(8) *Practical jurisprudence*, Cambridge, 1883, p. 183.

américain. Je ne trouve ni dans Twiss, ni dans Hall (1), ni dans Wheaton (2), ni dans Halleck ou Walker (3) une trace de ce dogme, du moins aux endroits où l'on s'attendrait à en rencontrer. Il est encore plus significatif, que des internationalistes anglais, comme Bowyer (4), Manning (5) et Lorimer (6), dont les idées se rattachent complètement ou principalement au droit naturel, se soient complètement tus sur la question ; c'est significatif, parce que, comme on va le montrer, les conceptions du droit naturel ont été décisives dans le succès de la théorie en question.

Si nous pouvons soutenir que cette théorie ne se rencontre point *partout* dans la doctrine anglaise et anglo-américaine, on doit cependant reconnaître qu'elle y est la théorie dominante. Pour mieux dire : ce n'est pas la théorie, c'est la *phrase*, que le droit international public est « *a part of the law of the land* », qui se trouve si souvent exprimée dans la littérature (7), surtout dans la jurisprudence (8), mais aussi dans la correspondance diplomatique (9), qu'il est impossible d'en réunir ici les

(1) Il est vrai que pour lui le droit international n'est pas indubitablement un droit positif ! Il est possible que cela ait eu une influence sur sa doctrine.

(2) Cependant son éditeur Boyd s'est hâté de réparer l'oubli, 3ᵉ édit., p. 27.

(3) *The science of international law*, Londres, 1893.

(4) *Commentaries on universal public law*. Londres, 1854, p. 67 sq.

(5) *Commentaries on the law of nations*, 2ᵉ édit. par Amos, Londres, 1875.

(6) *Institutes of the law of nations*, Edimbourg et Londres, 1883. Mais Lorimer est Ecossais ; ce n'est donc peut-être pas ici qu'il faut le ranger.

(7) Je cite provisoirement : Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, B 6, chap. 6 (Stephen, *New Commentaries*. 12ᵉ édit., Londres, 1895, IV, p. 188) ; Phillimore, I, p. 78 ; Amos, *Systematic view of the science of jurisprudence*, Londres, 1872, p. 393 ; Maine, *International law*, Londres, 1888, p. 44 sq. ; Holland, *Law quarterly review*, IX, p. 149 ; Kent, *Commentaries on american law*, 14ᵉ édit., par Gould, Boston, 1896, p. 1 ; Rover, *American interstate law*, Chicago, 1879, p. 6 ; Wharton, *Treatise on the conflict of laws*, 2ᵉ édit., Philadelphie, 1881, p. 3.

(8) Parmi les cas infiniment nombreux, je cite seulement : Triquet v. Bath, *Burrows Reports*, III, p. 1480 ; Heathfield v. Chilton, *Id.*, IV, p. 2015 ; la « Helen », *Law Reports*, *Admiralty and Ecclesiastical Cases*, I, p. 1 ; lord Coleridge, dans son vote dans l'affaire R. v. Keyn, *Law Reports*, *Exchequer Division*, II, p. 153 sq. ; Resp. v. de Longchamps, *Dallas' Reports*, I, p. 114 ; la « Nereid », *Cranchs Reports*, IX, p. 423 ; Seton, Mailand and Cᵒ v. Low, *Johnsons Reports*, I, p. 5 ; U. St. v. Smith, *Wheatons Reports*, V, p. 153.

(9) V. par exemple la note du secrétaire d'Etat Jefferson du 5 juin 1793 dans le *Wheaton's Digest*, I, p. 31.

preuves d'une façon même approximative. Deux choses sautent immédiatement aux yeux. D'abord, le fait que nous rencontrons cette proposition surtout dans les jugements ; elle sert visiblement d'appui à une opinion, qui paraît utile ou nécessaire à la pratique judiciaire, et qui n'est pas exprimée dans la phrase elle-même. En second lieu, — et ceci est peut-être plus intimement lié à ce qui précède, qu'il ne paraît au premier abord, — la phrase a un cachet tellement *formel* qu'on est bien près de supposer, que, comme beaucoup de formules semblables, il ne faut pas la prendre au pied de la lettre, ou que du moins elle n'est pas comprise dans le même sens par tous ceux qui l'emploient. En ce qui concerne notre première remarque, il s'agit presque toujours en fait, dans les cas où la phrase est reproduite, de la question de savoir si et dans quelle mesure le *juge interne doit appliquer le droit international* aux circonstances soumises à son jugement (1). La phrase que le droit international public forme une partie du droit interne permet de répondre. Mais si on examine d'un peu plus près notre matière, notre seconde hypothèse, d'après laquelle il n'y a aucun accord sur le sens et la portée de la formule, se voit confirmée (2). Le droit international public est-il *partout* un élément du droit interne, ou bien cela n'est-il exact que pour l'Angleterre et les Etats-Unis ? Le droit international est-il à la fois *en totalité* ou seulement en partie droit interne, et, si ce dernier cas est le vrai, comment s'explique cette exception à un principe que l'on considère pourtant comme tout à fait général ? Comment, d'une façon générale, s'explique cette particularité, qu'un droit qui, d'après son nom, n'est point droit interne, est cependant compris dans un droit interne ? Entend-on partout la même chose par ces mots « *international law* » ; notamment, signifient-ils la même chose que chez nous « *Völkerrecht* » ? Telles sont les questions qui s'imposent, et qui nécessitent une réponse.

D'abord si nous examinons les passages des livres qui nous intéressent, nous voyons que, toutes opinions particulières mi-

(1) Comp. Holland, *Law quarterly review*, IX, p. 149.

(2) Même en Angleterre, cela n'a pas été sans être remarqué. Maine, *International law*, p. 37 sq., 43 sq., compare trois manières de comprendre la formule : celle qui domine en Amérique, celle qui est représentée par Lord Coleridge (v. ci-dessous, p. 140 sq.), et celle de Sir Alexandre Cockburn (v. ci-dessous, p. 148 sq.). Mais cela n'est pas exact.

ses à part (1), le principe ne s'applique qu'à l'Angleterre et aux Etats Unis. Depuis Blackstone jusqu'à nos jours, on a précisément considéré comme la caractéristique du droit anglais, que le droit international public soit passé en lui. Blackstone explique le fait par l'originalité de la Constitution anglaise (2), Wharton (3) par l'originalité de l'organisation judiciaire anglaise et anglo-américaine : il souligne et loue l'importance en notre matière de cette organisation, qu'il oppose à l'organisation des tribunaux dans les pays du continent européen. La plupart se contentent d'affirmer que le droit international public a toujours été considéré comme droit interne anglais ou nord-américain (4), ou l'appellent simplement une partie du *common law* (5), c'est-à-dire d'un ensemble juridique, dont la mention ne peut faire penser qu'à un droit anglais. Je reviendrai sur ce dernier point. Provisoirement, il suffit de pouvoir affirmer le fait important suivant, que la phrase en question n'est pas comprise dans le sens d'une *théorie dont la validité soit générale.*

Pourtant, celui qui connaît les racines d'où est sortie la formule en question devrait s'attendre au contraire. Elle est née d'une conception qui considérait le droit international comme un droit naturel. C'est de cette conception du droit naturel, que le dogme aurait dû partout porter les couleurs. S'il ne l'a pas fait originairement, il le doit à une inconséquence de ses créateurs. Quelques modernes, ainsi que nous allons le voir, se sont montrés plus logiques. Mais la plupart des écrivains ont abandonné la doctrine du droit naturel, et cela explique pourquoi ils comprennent la formule dans le sens limité que nous venons de voir. Le désaccord qui se manifeste dans la littérature s'éclaire pleinement par l'opposition qui existe entre la conception du droit naturel et la conception positiviste.

Si le droit international est en même temps droit interne, on doit tout naturellement supposer qu'il régit non seulement les relations d'Etat à Etat, mais aussi les relations d'individu à individu, qu'il accorde des droits et impose des devoirs non seu-

(1) V. ci-dessous, p. 141, n. 2.

(2) Stephens, *op. cit.*, IV, p. 188.

(3) *Commentaries on law*, p. 194.

(4) Par exemple Phillimore, Amos, Kent (V. ci-dessus, p. 136, note 7) : Triquet v. Bath, *Burrows Reports*, III, p. 1478.

(5) Comp. entr'autres déjà Blackstone (Stephens, *op. cit.*, IV, p. 188) ; Heathfield v. Chilton, *Burrows Reports*, IV, p. 2016.

lement aux Etats mais aussi, et originairement, aux individus (1). Je crois avoir montré plus haut que cette idée est inexacte, et pourquoi cette inexactitude devait apparaître quand a disparu la théorie du droit naturel. Mais si l'on part de cette idée et si l'on croit en outre que le droit international public est un droit existant de lui-même et indépendant du bon plaisir des hommes, on justifie ainsi la proposition, qu'il n'y a pas besoin d'une activité de la puissance étatique, pour donner à ce droit force obligatoire dans l'Etat. Car alors il lie le particulier sans le concours du législateur, et il est « droit interne », en ce sens non point qu'il doit sa formation à la souveraineté interne, mais en ce sens qu'à l'intérieur du pays il s'impose à l'*observation* du particulier *dans la même mesure que le droit interne*, au sens étroit du mot. Le droit international public a la même valeur que le droit interne, parce qu'il lie le particulier par lui-même, en vertu de lui-même. C'est là la quintessence de l'explication, que l'ancienne doctrine anglaise, procédant de Blackstone (2), a donnée de notre principe. Il résulte forcément de ceci que le droit international public, dans toute son étendue (*in its full extent*),

(1) Les écrivains anglais qui disent que le juge doit appliquer le droit international comme partie du droit interne pensent en partie par là à un droit « général » (par exemple, à un droit maritime et commercial), à un *jus gentium* au sens antique ; comp. notamment Blackstone, l. 6, chap. 27 (Stephens, *loc. cit.*) ; Wharton, *Commentaries*, p. 73 ; Roscoe, *Treatise on the juridiction and practice of the admiralty division of the High Court of Justice*, 2e éd., Londres, 1882, p. 5 sq. ; Marsden, *Treatise on the law of collisions at sea*, Londres, 1893, p. 269, 339. — Cependant Wharton affirme d'autre part que non seulement le « *private international law* », mais aussi le « *public international law* » font partie du *common law* américain !

(2) V. principalement Blackstone, 6, chap. 6 (Stephens, *op. cit.*, IV, p. 188). Sans doute Blackstone fait sortir le droit international, non point directement de la nature, mais des accords entre Etats : il n'a pas moins fondé ce droit sur le droit naturel. Il dit en effet que pour interpréter ces accords, il n'y a pas d'autre règle que le droit naturel, car c'est à celui-ci seul que les Etats sont soumis (*Id.*, I, p. 22 sq., IV, p. 188). Par suite, tout le droit international est au fond droit naturel. Blackstone admet que le droit international soit observé dans les procès civils entre nationaux de différents Etats ; il admet même qu'il se manifeste sous forme de droit pénal (*offences against the law of nations*) ; cela prouve bien qu'il voit dans le droit international un droit applicable aux individus. Comp. IV, p. 188, 189. — C'est avec raison que Maine, *op. cit.*, p. 44, remarque que l'explication prédominante de la règle (droit international public = droit interne) n'est pas très éloignée de la manière dont les fondateurs de la science du droit international, qui admettaient la théorie du droit naturel, se seraient représenté les choses.

est une partie du droit interne (1) ; ensuite, que la loi interne, qui incorpore en elle les règles du droit international, ne crée pas un nouveau droit, mais a seulement une signification *déclarative* (2) : enfin, on est tout près, au cas de désaccord entre le droit législatif interne et le droit international, de préférer celui-ci, parce qu'il est le droit naturel, — et c'est ce qu'ont effectivement fait d'anciens juges de prises (3). L'opinion que nous indiquons se trouve encore aujourd'hui représentée en Angleterre notamment par le vote de Lord Coleridge, dans la fameuse affaire R. v. Keyn (4). Son opinion revient à ceci : les traités et les autres actes de l'Etat ne sont que des *moyens de prouver* le fait qu'il existe une conscience juridique internationale (*agreement of nations*) ; ils ne sont pas par suite en soi obligatoires pour le juge interne, mais aussitôt que les accords entre Etats ou la pratique internationale permettent de conclure que cet « *agreement* » existe, celui ci doit être considéré par le juge anglais comme partie du droit anglais. Nous remarquons ici très clairement l'influence des idées de droit naturel ; la conscience juridique internationale est droit, et, à cause de cela, est droit partout. Conformément à ce point de vue, Lord Coleridge affirme ailleurs, qu'un statut du Parlement conforme au droit international ne *crée* pas du droit, mais *déclare* seulement ce qui était déjà droit (5). Des considérations analogues enfin ex-

(1) Blackstone-Stephens, *op. cit.*, IV, p. 188 ; Lord Mansfield dans l'affaire Triquet v. Both, *Burrows Reports*, III, p. 1478 (1764) ; et la sentence de Lord Talbot, qui est rapportée en cet endroit.

(2) Blackstone-Stephens, *op. cit.*, IV, p. 188 ; Triquet v. Bath (v. note précédente) ; Heathfield v Chilton, *Burrows Reports*, IV, p. 2016 (1767).

(3) Comp. à ce sujet Holland, *Law quarterly review*, IX, p. 149 sq.

(4) *Law Reports*, Exch. Div. II, p. 63 sq. et 153 sq. — Maine (*op. cit.*, p. 44) déclare que non seulement il tient pour exacte l'opinion de Lord Coleridge et de toute la doctrine américaine (v. au texte, p. 141 sq.), mais encore qu'il croit que cette opinion représente la conception de tout le monde civilisé, en dehors de l'Angleterre ! Cette remarque est d'autant plus surprenante, que Maine lui-même compare le procédé dont il s'agit ici aux réceptions du droit étranger, par exemple, aux réceptions du droit romain. Mais cette opinion est en contradiction évidente avec la conception si vantée par lui ; car toute réception suppose une activité d'une source juridique interne ; et cette activité est précisément ici déclarée superflue.

(5) Dans l'affaire R. v. Dudley, Queens Bench Division, XIV, p. 281. Il se réfère au *Territorial Waters Jurisdiction Act* de 1878 (V. ci-dessous, p. 149, n. 1) qui sanctionne l'opinion qu'il avait exprimée dans l'affaire R. v. Keyn.

pliquent pourquoi certains *internationalistes* cherchent à prouver le *caractère positif du droit international* en démontrant que ce droit est considéré comme une partie du droit interne et qu'il est sanctionné par les tribunaux internes. Non point qu'ils n'aient considéré le droit international que comme droit interne ; leur pensée est la suivante : si le droit international est *en même temps* droit interne et s'il est appliqué comme tel par les tribunaux, on ne peut plus lui reprocher de manquer de « sanction » (1).

La littérature *anglo-américaine* est encore basée aujourd'hui sur ces idées fondamentales. En principe du moins ; elle s'est vue nécessairement amenée, comme nous le verrons bientôt, à faire quelques concessions à une autre doctrine. Mais chez ses principaux représentants nous trouvons exprimé dans toute sa force le principe que le droit international est *en soi et pour soi* partie du droit interne ; il n'a besoin d'aucune « adoption » par le pouvoir législatif du pays, pour être obligatoire dans le pays. Ses règles, comme on le dit souvent en donnant à cette affirmation un fondement tout à fait contestable, sont droit interne, parce qu'elles *doivent* l'être ; car la « reconnaissance » de l'ordre juridique international par les Etats dans la constitution de leur ordre juridique interne est la condition moyennant laquelle l'Etat peut appartenir à la collectivité des Etats (2). Il est tout à fait caractéristique que les travaux qui embrassent l'ensemble du droit interne nord-américain, comme ceux de Kent et de Wharton, traitent aussi de tout le droit international en vigueur, et lui donnent le pas sur le droit constitutionnel. Il me paraît hors de doute que tous ces écrivains sont prisonniers des conceptions du droit naturel et que l'opinion qu'ils professent sur notre question s'explique par là. Déjà, le fait qu'ils considèrent presque tous le droit international

(1) En ce sens, Phillimore, I, p. 76, 78 ; Amos, *Systematic view of the science of jurisprudence*, p. 393 sq. ; comp. parmi les Américains Kent, *op. cit.*, p. 19 ; Wharton, *Commentaries on law*, p. 52 sq., 188 sq., 194, 363, etc..., et Woolsey, *Introduction to the study of international law*, 6e édit., New-York, 1891, § 228. — Il y a là une pensée juste, cachée sous une expression inexacte (v. ci-dessous, § 10, II).

(2) Comp. entre autres Wharton, *Commentaries*, à l'endroit indiqué à la note précédente ; Woolsey, *op. cit.*, § 29 ; Opinions d'attorneys-généraux, I, p. 27, 69 ; III, p. 671. — Ce fondement convient certes à tous les Etats. C'est pour cela que souvent, dans la littérature américaine, le principe est présenté comme constituant une *doctrine générale*.

comme un droit obligeant immédiatement les individus milite en faveur de cette explication (1). C'est de ces vues fondamentales que résulte l'explication que donnent la plupart d'entre eux du passage que nous avons déjà mentionné de la Constitution de l'Union (art. VI, sect. 2), aux termes duquel les traités internationaux conclus sous l'autorité des Etats-Unis doivent être *the supreme law of the land.* Le traité international, en tant que tel, crée, d'après leur interprétation de cette disposition, du droit interne. Son contenu *est* droit interne. Il écarte *ipso facto* la loi ancienne, qui lui est contraire ; et la loi nouvelle, vis-à-vis d'un traité international antérieur, ne se comporte pas autrement que vis-à-vis d'une autre partie du droit interne ; elle l'emporte par suite sur le traité qui lui est contraire, sans égard au côté international de la question (2). Il est frappant et pour nous très important que le gouvernement de l'Union, et, en partie du moins, la jurisprudence n'adoptent pas absolument cette explication de la Constitution ; il est plus frappant encore que les écrivains aient très peu tenu compte de cette contradiction entre leur dogme et la pratique. D'abord, la magistrature distingue entre les traités, qui n'exigent pas de l'exécutif plus que ce que la loi interne lui donne le pouvoir de faire — on les appelle *self executing treaties* — et les traités dont le texte soit impose un *devoir* au législateur, soit impose au pouvoir exécutif des actes qui ne peuvent être accomplis, du point de vue du droit interne, que moyennant une autorisation législative. On reconnaît, au moins pour cette deuxième catégorie, que le traité est insuffisant par lui même et qu'il faut qu'un acte du Congrès, élaboré conformément au traité, crée une règle juridique, qui

(1) Les « délits contre le droit international » (v. ci-dessous, § 7) jouent un grand rôle dans la jurisprudence américaine. L'influence de Blackstone sur les auteurs nord-américains ne peut pas être méconnue. Coxe, *Essay on judicial power and unconstitutionnal legislation*, Philadelphie, 1893, p. 184 sq., montre que la disposition que nous allons mentionner de la Constitution de l'Union repose immédiatement sur la théorie de Blackstone relative aux rapports du droit international et du droit interne.

(2) Kent, *op. cit.*, p. 284 ; Story, *Commentaries on the constitution of the United States*, 5e édit., par Bigelow, II, Boston, 1891, p. 603 sq. ; Wharton, *Commentaries*, p. 194 ; Wharton, *Digest*, II, p. 138 ; Moore, *Treatise on extradition and interstate rendition*, I, Boston, 1891, p. 97. — V. aussi les nombreuses décisions dont des extraits sont rapportés par Myer, *Federal decisions*, XXVIII, St-Louis, 1888, p. 486 sq. et le jugement de l'affaire Taylor v. Morton, qui est entièrement rapporté, p. 458 sq.

s'impose à l'observation des tribunaux. Si par exemple un Etat étranger, lors d'une cession de territoire à l'Union, stipule que les concessions *(grants)* accordées par lui depuis une certaine date dans le territoire cédé devront être *ratified and confirmed* par le cessionnaire (1) ; si un traité garantit à un Etat étranger que certains privilèges et immunités *devront* être accordés à ceux de ses sujets qui se fixeront sur le territoire de l'Union (2), cela ne signifie qu'un « *agreement for legislation* », et le droit objectif n'est créé que lorsque le Congrès a élaboré une loi correspondante (3). Mais on a néanmoins admis que la « force législative » des traités remonte *ipso facto* à leur conclusion. D'abord la pratique s'est montrée assez disposée, pour les traités dont l'application devait exiger des paiements d'argent ou des modifications du droit interne, à demander, après la ratification, la confirmation de la Chambre des Représentants ; on sait que la discussion ne porte que sur la question de savoir si la Chambre est libre ou obligée de confirmer (4). En outre, les tribunaux exigent, quand un traité doit avoir « force obligatoire pour les citoyens », un acte du pouvoir exécutif en dehors de la ratification. Il faut remarquer que cet acte n'est pas la *publication*. Certes, des statuts du congrès du 20 avril 1818, sect. 2, et du 11 mai 1820, ont fait un devoir au secrétaire d'Etat de publier, par la voie de la presse, les traités ratifiés ; des actes ultérieurs (5) ont ensuite, par des dispositions plus précises, dit dans quels journaux et dans combien de journaux cette publication devait avoir lieu. Mais on n'a jamais fait dépendre la validité intérieure du traité de l'accomplissement de ce devoir. Cela se trouve en complet accord avec le droit qui est en vigueur pour les statuts du congrès : il exige bien la publication de ces statuts, mais il n'en

(1) Ainsi notamment l'article 8 si discuté du traité avec l'Espagne du 22 février 1819 (M. N. R., V. p. 328 ; *Treatises and conventions*, Washington, 1889, p. 1016).

(2) Comme aux travailleurs chinois, par le traité du 17 novembre 1880 (M. N. R. G. ², XI, p. 730).

(3) Story, *op. cit.*, p. 606 ; Wharton, *Commentaries*, p. 583 sq. et les décisions dans les affaires Foster v. Neilson, *Peters Rep.*, II, p. 253, 314 ; U. St. v. Arredondo, *id.*, VI, p. 691 ; Garcia v. Lee, *id.*, XII, p. 511, et, récemment, Baldwin v. Franks, *U. St. Reports*, CXX, p. 678. Autres jugements dans Wharton, *Digest*, II, p. 27.

(4) Comp. E. Meier, *op. cit.*, p. 165 sq.

(5) *Revised Statutes*, § 3826 ; Acte du 31 juillet 1876, § 2 ; Acte du 21 janvier 1881.

fait pas une condition de validité. Par contre. une *proclamation* du traité par le président est absolument nécessaire La jurisprudence l'a exigée avec toute la clarté possible (1). Un coup d'œil jeté dans la collection des *Trealies and conventions* ou dans les recueils de statuts montre que la proclamation est *usuelle* ; non seulement ces livres donnent,en outre des dates de conclusion et de ratification, la date de proclamation, mais encore de nombreux traités y sont imprimés dans la forme solennelle de la proclamation (2). Seulement la *publication* de cette proclamation, comme celle de toutes les proclamations des présidents en général, ne doit pas être considérée comme un acte formel nécessaire pour leur validité (3). Toujours est il que, même aux Etats-Unis, le traité ne produit pas du droit interne, sans une activité. à ce destinée, de la puissance étatique ; et il est singulier que la littérature presque tout entière ait négligé la nécessité de la proclamation (4).

A la théorie des anciens écrivains anglais et des auteurs anglo-américains que nous venons d'exposer s'oppose aujourd'hui une autre doctrine,que je me permets d'indiquer comme la doctrine *actuellement dominante* en Angleterre. D'après cette doctrine, le droit international public n'est pas en lui-même droit anglais ; il ne l'est que parce que et dans la mesure où il est *accepté* (*adopted*) par le droit anglais. Certes, on perd ici aussi de vue, en général, que la règle du droit international a un autre contenu, que n'en peut avoir une règle d'un droit étatique

(1) Dans l'affaire Haver v. Yaker, *Wallace's Rep.*, IX, p. 32 sq. ; Myer, *Federal Decisions. loc.cit.*, p. 456. La date d'entrée en vigueur du traité, en tant que loi, est la date de la proclamation : Haver v. Yaker, *loc cit.* ; Wharton, *Digest*, II, p. 27. Mais d'autres considèrent comme définitive la date de la ratification. Cependant, quand ils disent expressément que c'est cette date qu'il faut suivre et non le jour de la signature, ils montrent bien qu'ils distinguent nettement entre le traité en tant que loi et le traité en tant qu'acte international. Car, d'après l'opinion dominante en Amérique, la validité du traité ratifié rétroagit au jour de la conclusion. — Comp. les décisions U. St. v. Arredondo, *loc. cit.* ; Heidekoper v. Douglass, *Dallas' Rep.*, IV, p. 392.

(2) Exemples, *Traties and conventiones*, p. 923 ; *Statutes at Large*. XXIX (1897), p. 841.

(3) V. l'intéressante décision dans les affaires Lapeyre v. U. St., *Wallace's Reports*. XVII, p. 191.

(4) Dans la mesure où je peux m'en rendre compte, un seul écrivain, presque inconnu, fait exception : Hinsdale, *The american government*, Ann. Arbor, Michigan, 1891, p. 256.

quelconque (1) ; mais, abstraction faite de cela, cette doctrine est d'accord avec la nôtre, en ce sens — et c'est le point auquel tend toute notre étude — que, tout en maintenant le texte de la formule, elle exige *une activité de la source de droit interne*, pour faire, du droit international, un droit interne.

Cela se voit d'abord sur un point essentiel, à savoir, à l'égard des *traités internationaux* au sens le plus large du mot. C'est en Angleterre un principe absolument indiscuté, que la conclusion des traités internationaux et toutes les négociations qui les précèdent rentrent complètement dans les prérogatives de la couronne (2). Mais c'est aussi un principe indiscuté que cette conclusion, en tant que telle, ne peut pas avoir pour effet de modifier le droit interne anglais. La doctrine américaine, ainsi que nous l'avons vu, quand elle veut expliquer et appliquer le théorème que les traités constituent le plus haut droit interne, ferme souvent les yeux devant la pratique de son propre pays ; nous ne rencontrons point une telle contradiction en Angleterre, du moins dans ces derniers temps. Le droit constitutionnel, fermement établi à la suite d'une longue évolution, y est trop évident. D'après ce droit toute modification du *municipal law*, prévue par un traité, nécessite une loi interne sous forme d'un statut du Parlement (3) : ou bien celui-ci fait un acte général basé sur le traité, bien que ne s'y référant pas expressément, ou bien il vote une loi d'application, approuvant d'une façon générale le traité et lui accordant expressément une efficacité législative, ou bien enfin il accorde sous forme de loi à la couronne ou à certaines autorités de l'Etat le droit de modifier dans l'avenir le droit en certaines matières par des traités

(1) V. ci-dessus, p. 11 sq.

(2) V. par exemple, Todd, *Parliamentary government in England*, nouv. édit. par Walpole, I, Londres, 1892, p. 132 sq. Autres citations dans E. Meier, *op. cit.*, p. 115.

(3) Ainsi Phillimore, dans l'affaire du « Parlement belge » (*Law Rep. Prob. Div.*, IV, p. 129), avait très justement décidé qu'un traité conclu par la Reine avec la Belgique sans consulter le Parlement, et qui accordait l'exterritorialité aux vaisseaux-postes belges, ne pouvait pas empêcher les sujets anglais de citer ces navires devant les tribunaux anglais à la suite d'une collision en mer. Si la *Court of Appeal* a avec raison annulé le jugement (*Law Rep. Prob. Div.*, V, p. 197), c'est parce que les vaisseaux-postes de la catégorie de celui qui était en question jouissent par eux-mêmes de l'exterritorialité, en tant que vaisseaux publics, de sorte qu'il n'était pas besoin de s'occuper du contenu juridique du traité. — V. aussi Anson, *The law and custom of the constitution*, II, Oxford, 1892, p. 279 sq.

passés avec l'étranger et par des règlements pris pour l'exécution de ces traités (1). Ainsi le traité ne peut jamais déroger au droit interne ; seuls la loi ou un règlement fait en vertu d'une autorisation législative en sont capables. Cet état du droit positif n'est jamais perdu de vue par les auteurs et les tribunaux ; et les juristes, qui adoptent sur la question de principe un point de vue différent, comme Lord Coleridge, doivent s'aider de constructions savantes pour s'en arranger.

Mais il y a un autre indice, si l'on ne se contente pas d'une observation superficielle, qui démontre bien que, d'après l'opinion dominante en Angleterre, il faut un acte d'une source juridique interne, pour faire, du droit international, du droit interne. On s'aperçoit que, partout où il est question du droit international comme d'une partie du droit interne, il est désigné, d'une expression qui revient sans cesse, comme une « *part of the common law* » (2). Il n'est certes pas facile de définir ce qu'est précisément ce « *common law* » ; il est à peu près certain que, par opposition avec le *statute law* — je peux ici faire abstraction de l'opposition avec l'*equity* —, il signifie le « vieux droit coutumier du royaume » (3). Comment se forme le droit coutumier, et d'où vient sa force, ce sont là des questions exactement aussi discutées en Angleterre et en Amérique que chez nous. Les uns, s'appuyant sur Hale et Blackstone (4), influencés en partie aussi par Burke et l'école historique allemande, cherchent la source de ce droit dans la conviction populaire ou dans quelque chose d'analogue, et ils ne voient dans la décision juridictionnelle que le moyen par lequel est reconnue la formation déjà opérée du droit, indépendamment de cette décision (5) ;

(1) Comp. sur ces différentes formes, notamment, E. Meier, *op. cit.*, p. 122 sq.

(2) V. ci-dessus, p. 138 n. 7 et 8. Il faut noter — ce qui est très important — que pour les Etats-Unis, la force obligatoire du droit international moderne, c'est-à-dire européen, a été fondée sur ce que le droit international était une partie du *common law* anglais ; mais celui-ci resta en vigueur dans les anciennes colonies après leur séparation de la mère-patrie.

(3) Comp. entre beaucoup d'autres Clark, *Practical jurisprudence*, p. 74 ; Holland, *Elements of jurisprudence*, 7e édit., p. 52. — En ce qui concerne ce qu'on doit entendre par « vieux », on voulait autrefois remonter à l'époque antérieure au règne de Richard Ier. Cela n'est plus complètement accepté. — Comp. aujourd'hui Wharton, *Commentaries*, p. 23 sq.

(4) Blackstone-Stephens, *op. cit.*, I, p. 43 sq., p. 50 sq.

(5) V. p. exemple, Brett, *Commentaries on the present law of England*, I, Londres, 1890, p. 338 ; Wharton, *op. cit.*, p. 3 sq., 17 sq., 21, 67 sq., 93

d'autres, notamment Austin (1) et son école, par exemple, Amos (2), et Markby (3), reconnaissent à la décision juridictionnelle, quand elle agit en tant que « *improper legislation* », le pouvoir de créer un droit nouveau (*judiciary law* et *judgemade law*) ; une opinion intermédiaire enfin (4) cherche à établir que, quand le juge fait de la coutume le fondement de sa sentence, il ne crée pas du droit, mais déclare qu'une formation juridique est déjà accomplie ; que la coutume ne peut cependant devenir droit qu'avec l'assentiment de l'Etat ; que la règle, d'après laquelle le juge peut appliquer comme droit, en l'absence d'une loi, certaines coutumes, est elle-même droit, et a été introduite législativement — cercle vicieux évident — par les *tribunaux*, en tant que délégataires de la puissance étatique. Peu importe, pour nous, ce qu'on peut penser ou dire au sujet de la fondation de ce système du *common law*, qui a une importance si considérable en Angleterre, et qui est rendu supportable en pratique par des règles précises sur la force obligatoire des jugements (5). Car dire que le droit international est une partie du

sq., 143 sq. ; Millar v. Taylor, *Burrows Reports*, IV, p. 2312 ; Lord Esher, dans l'affaire Willis and Co. v. Baddeley, *Law Reports* (1892), Q. B. Div. II, p. 326 ; Pollock, dans Jeffereys v. Boosey, *House of Lord Cases*, IV, p. 936 ; comp. aussi Lord Campbell, dans Beamish v. Beamish, *House of Lord Cases*, IX, p. 328 sq., et Lord Selborne, dans Caledonian Railway C°. v. Walkers Trustees, *Law Reports*, *Appeal Cases*, VII, p. 275.

(1) *Lectures on jurisprudence*, 4e édit., p. 204, 539, 545, 547 sq., 550 sq., 641 sq., 663. Je considère comme une « histoire enfantine », de dire que le jugement du juge met en lumière ou déclare le droit coutumier existant.

(2) *Systematic view of the science of jurisprudence*, p. 52.

(3) *Elements of law*, 5e édit., p. 10 sq., 57 sq.

(4) Holland, *op. cit.*, p. 52 sq. ; comp., p. 58 ; plus court, mais revenant au même, Salmond, *First principles of jurisprudence*, Londres, 1893, p. 232.

(5) Au sujet de ces règles et d'une hiérarchie particulière des tribunaux, d'après laquelle chacun d'eux est lié par les décisions des tribunaux d'un rang supérieur et même, en principe, de rang égal, tandis que la cour supérieure est liée par ses propres décisions, comp. Schuster, *Bürgerliche Rechtspflege in England*, Berlin, 1887, p. XXV ; Holland, *op. cit.*, p. 60 ; Lushington, dans l'affaire « The Helen », *Law Reports*, *Adm. and Eccl. Cases*, I, p. 1 sq. L'intéressante décision Beamish v. Beamish (v. ci-dessus, p. 146, n. 5) montre combien la règle que la cour supérieure ne peut pas s'écarter de ses propres décisions s'accorde avec la conception, d'après laquelle le jugement n'est qu'une source de connaissance du droit coutumier. Pollock, *Essays in jurisprudence and ethics*, p. 238 (pour le remarquer en passant) n'a pas tort quand il nomme l'état des *case-law* anglais « un chaos atténué par le *Fisher's Digest* » (le *Fisher's Digest* est un recueil synoptique de jurisprudence).

*common law*, c'est reconnaître qu'il est devenu tel en vertu d'une *création juridique nationale*. Si le *common law* est créé par le *juge*, et si le droit international est inclus dans le *common law*, c'est donc le juge qui rend le droit international droit interne ; si le *common law* repose sur d'autres bases, si difficiles à comprendre et à exprimer, ce n'en est pas moins une force créatrice de droit, *se trouvant dans le pays* et lui appartenant en propre, qui s'est emparée du droit international public et en a fait du droit interne : « *the law of nation is adopted by the common law* ».

De ceci résultent maintenant d'importantes conséquences. Si le droit international est « adopté » par la source du droit interne, il ne va pas de soi qu'il soit accepté par cette source *in its full extent*. Au contraire, les auteurs disent fréquemment qu'une règle du droit international, dont il n'est pas prouvé qu'elle a été incorporée dans le droit interne par la législation ou la pratique, ne doit pas être considérée comme droit interne. Une affaire célèbre et intéressante à plus d'un titre a surtout contribué à développer cette opinion, — et aussi à dévoiler les dissentiments qui règnent entre les juristes anglais sur ce point. C'est le procès qui, en son temps, a fait aussi du bruit sur le continent, contre Keyn, le capitaine allemand du vapeur allemand « Franconia » (1). Keyn faisait route avec son vapeur de Hambourg vers St-Thomas, quand il eut le malheur, dans le voisinage de Douvres, et à l'intérieur de la zone des trois milles, d'aborder le vapeur anglais « Strathclyde » et de le couler ; un passager de ce bateau fut noyé. Keyn fut poursuivi devant un tribunal anglais pour homicide par imprudence, et finalement il fut acquitté par la *Court for Crown Cases Reserved*. La plainte se basait sur ce que, d'après le droit international, les eaux côtières, dans une zone de trois milles marins, sont considérées comme territoire de l'Etat, et que, pour cette raison, la compétence des tribunaux répressifs anglais s'étendait à tous les délits qui étaient commis à l'intérieur de cette zone, fût-ce par des étrangers sur des bateaux étrangers. La majorité de la cour se rallia à un avis contraire (2). Conformément au vote d'une profondeur remarquable de Sir Alexandre Cokburn, elle déclara

(1) R. v. Keyn, *Law Reports*, Exch. Div., II, p. 63 sq. (1876). Le jugement est un des plus importants de ceux qui figurent dans les *Reports* ; les votes remplissent 176 pages, grand in-8°.

(2) Il y eut d'ailleurs une importante minorité : six juges contre sept.

que la question était seulement de savoir quelles limites le *droit anglais* a tracées à la compétence des tribunaux nationaux. En supposant — ce qui était du reste douteux — que les règles du droit international sur la mer côtière n'empêchassent pas de soumettre des cas du genre de celui dont il était question à la compétence des tribunaux nationaux, cela ne voulait pas dire que le droit anglais avait usé de la liberté de les y soumettre. Le droit international *permettait* certes à l'Etat anglais d'organiser son droit de cette façon, mais aucun statut ni aucune pratique n'avait produit un droit ainsi organisé (1). L'abandon de la théorie, qui avait cours dans le pays, relativement à l'égalité naturelle du droit international et du droit interne, serait évident, même si Cockburn ne l'avait pas expressément déclaré. Il faut remarquer que, dans le cas précédent, il ne pouvait s'agir que d'une règle internationale « accordant une permission » et que le bon sens de la majorité de la Cour s'est effrayée de déclarer, par amour d'une formule, droit interne toutes les règles *de même nature* du droit international, ce qui aurait certainement conduit à des conséquences inacceptables. Ni les juges qui se sont ralliés à l'avis de Cockburn, ni les critiques du jugement (2), ni Cockburn lui-même n'ont eu conscience de l'importance de principe de ce jugement. Cockburn n'a pas insisté particulièrement sur cela dans son vote, mais il avait déjà, dans une autre occasion célèbre, qui mettait en jeu la doctrine en question, à savoir lors de son vote dans le jugement arbitral de l'Alabama (3), soutenu l'opinion que la phrase : le droit international forme une partie du *common law* anglais, ne doit être comprise que dans le sens suivant : tout ce que le droit international impose comme *devoir* à l'Etat doit être considéré en même temps comme un devoir pour les particuliers, puisque les Etats ne sont que des agrégats d'individus. Bien que ce motif soit tout à fait contestable, la conception elle-même n'en montre pas

(1) R. v. Keyn, *op. cit.*, not. p. 193 sq., 198, 202 sq., 206 sq., 229. — L'acquittement eut pour conséquence le vote de *Territorial Waters Jurisdiction Act*, 1878 (41 and, 42 Vict. c. 73), qui comble la lacune de la législation anglaise ; la légitimité du statut, du point de vue du droit international, a d'ailleurs été contestée de divers côtés (v ci-dessous).

(2) Les uns désapprouvent nettement le jugement, comme Maine, *International law*, p. 38 sq. ; les autres lui sont favorables, comme J. F. Stephen, *History of the criminal law*, II, p. 29 sq.

(3) Comp. Creasy, *First platform of international law*, p. 158 sq.

moins quelle signification limitée un des premiers juristes anglais pouvait donner à la formule. A ceci se rattache le principe que nous trouvons exprimé dans une autre circonstance, et d'après lequel, malgré la règle « *the international law is part of the law of the land* », tout ce qui constitue une violation du droit international ne constitue pas nécessairement *ipso facto* une violation du *municipal law* (1). Cette conception, qui est opposée à l'ancienne, s'est frayée une voie même dans la littérature américaine. Même ici, nous rencontrons des jugements, d'après lesquels le droit international n'est droit interne que dans la mesure où il est « *adopted* » par le droit interne (2) ; en matière de droit criminel, notamment, où l'interprétation stricte devait paraître particulièrement délicate, on lui a refusé toute efficacité, en ce sens qu'on a dit qu'il n'est pas à supposer que le droit international ait trouvé, *en soi et pour soi*, accès dans le droit interne (3). Si une loi nationale pose une règle conforme au droit international, ce n'est pas là une simple déclaration, mais une création d'un droit nouveau, valable seulement en vertu de l'autorité de la source juridique étatique (4). En outre : si le droit international devient droit interne par l'effet d'une loi ou d'une décision judiciaire, il va de soi qu'il peut, dans chaque pays, revêtir une apparence différente ; car, la conception qu'on se fait de ce qu'est le droit international, au moins en tant qu'il s'agit du droit international non écrit — à la différence de ce qui a lieu pour le droit international conventionnel — peut être partout différente (5). Surtout, une *contradiction* entre le droit international et le droit interne est non seulement possible, mais fréquente. Par où il apparaît qu'une partie du premier n'a pas été « *adopted* » par le second, ou, si elle l'a été, qu'elle a été

(1) Lushington, dans l'affaire « The Helen », *Law Reports, Adm. and Eccl.*, C. I., p. 1 sq. L'espèce était la suivante : pendant une guerre maritime, un armateur et un capitaine, appartenant tous deux à un Etat neutre, avaient conclu un contrat, qui avait pour but la violation d'un blocus. La question était de savoir si le contrat n'était pas nul, parce que *contra legem*.

(2 Comp. par exemple les décisions dans les affaires Norwich Company v. Wight, *Wallaces Reports*, XIII, p. 104 ; The Lottawana, *id.*, XXI, p. 558 ; The Scotland, *United States Reports*, CV., p. 24.

(3) Livingstone, dans l'affaire U. St. v. Smith, *Wheaton's Reports*, V. p. 182.

(4) J. F. Stephen, *op. cit.*, p. 40, 41.

(5) Bentzon v. Boyle, *Cranchs Reports*, IX, p. 191, 198.

modifiée, comme toute autre partie du droit interne, par un droit postérieur différent. Et alors, la règle juridique qui s'affirme ne peut pas être douteuse : juges et sujets sont obligés d'appliquer et d'observer même le droit interne contraire au droit international ; ce n'est point leur affaire, mais celle du gouvernement, de se préoccuper des difficultés internationales qui peuvent en résulter (1). En d'autres termes : le tribunal ne doit considérer le droit international comme une partie du *common law* qu'autant qu'il n'est pas en contradiction avec la législation interne (2). Certes, — et c'est là une règle généralement admise, qui dérive d'une pensée juste — quand une loi nationale ne contredit pas d'une façon évidente le droit international, on doit admettre qu'elle ne veut pas se mettre en conflit avec les prescriptions de ce droit ; *dans le doute*, le statut doit être interprété de telle façon qu'il soit conforme au droit international (3) ; il doit notamment, quand il s'exprime en termes généraux, être interprété restrictivement, si une interprétation large devait le mettre en conflit avec des principes du droit international (4). Car, faute de motifs particuliers qui fassent supposer le contraire, on ne doit pas admettre qu'une loi veut édicter quelque chose de contraire au droit international (5).

(1) Bishop, *Criminal law*, 7e édit., Boston, 1882, I, p. 60 ; Sir Cockburn, dans R. v. Keyn, *Law Reports*, Exch. Div., II, p. 160, 207, 208 ; J. F. Stephens, *op. cit.*, II, p. 36 sq. ; Holland, *Law quarterly review*, IX, p. 151 ; Maxwell, *The interpretation of statutes*, 2e édit., Londres, 1883, p. 179 et la décision citée note d ; Burgess, *Political science and comparative constitutional law*, II, Boston et Londres, 1891, p. 137.

(2) Kent, *op. cit.*, p. 1 ; Wharton, *Commentaries*, p. 52 sq., 188 sq., 363, etc... ; The Nereid, *Cranchs Reports*, IX, p. 388, 423. — C'est donc soutenir une chose inexacte que d'affirmer, comme Maine, *International law*, p. 37, qu'au cas de conflit entre le droit international et le droit fédéral ou le droit d'Etat, la jurisprudence américaine donne toujours le pas au droit international. Les passages qu'il cite signifient tout autre chose, à savoir, que le droit interne doit, dans le doute, être interprété conformément au droit international.

(3) Bishop, *loc. cit.*, p. 69 ; Phillimore, dans R. v. Keyn, *loc. cit.*, p. 85 ; Maxwell, *loc. cit.*, p. 173 ; Holland, *op. cit.*, p. 151 ; Talbot v. Seeman, *Cranchs Reports*, I, p. 44 ; The Charming Betsy, *id.*, II, p. 118 ; Little v. Barreme, *id.*, p. 170.

(4) Lord Stowell, dans l'affaire du « Louis », *Dodsons Adm. Reports*, II, p. 239 ; lord Justice Turner, dans l'affaire Cope v. Doberty, cité par Cockburn, dans R. v. Keyn, *loc. cit.*, p. 210.

(5) Lushington, dans l'affaire de l' « Anapolis », *Lushington's Adm. Reports*, p. 295, et dans l'affaire du « Zollverein », *Swabeys Adm. Reports*, p. 98 ; Sir A. Cockburn, dans R. v. Keyn, *loc. cit.*, p. 210.

Je résume : le principe, que le droit international public forme une partie du droit interne, n'est pas, d'une façon générale, dominant dans la littérature anglaise et anglo-américaine. Quand on le rencontre, il ne se présente presque jamais avec la prétention d'être un dogme d'une applicabilité générale. Il est complètement en Angleterre, de plus en plus en Amérique, négligé, quand il s'agit du droit international qui s'est formé par la voie d'une *Vereinbarung expresse* (par « *traité* ») entre Etat et Etat. Il est important surtout en ce qui concerne le *droit coutumier*. Mais, même là, il n'est pris aujourd'hui au pied de la lettre que par quelques écrivains, qui s'appuient sur des conceptions de droit naturel ; au contraire, il est compris, par une importante majorité d'écrivains anglais tout au moins, dans un sens qui ne s'éloigne pas notablement de l'opinion qui est soutenue dans ce livre relativement à l'opposition entre les deux systèmes juridiques.

---

§ 6

## Les rapports réciproques possibles entre ordres juridiques différents.

Les recherches théoriques sur les sources que nous avons faites dans les pages précédentes ont eu pour résultat de nous obliger à concevoir le droit international et le droit interne comme deux ordres juridiques différents. Ce sont deux ensembles de règles juridiques, chacun sortant d'une source différente de celle d'où découle l'autre. La voie se trouve ainsi déblayée devant nous, et nous pouvons aborder l'objet principal de ce livre : la recherche des *rapports* réciproques des deux ordres juridiques. La vraie méthode pour la suite de ce travail me paraît être la suivante : établir d'abord quels rapports réciproques sont possibles en général entre plusieurs ordres juridiques ; rechercher ensuite si tous ces rapports, et, au cas de négative, lesquels de ces rapports peuvent spécialement régner entre le droit international et le droit interne, et comment ils se présentent en particulier. Il va de soi que, pour la solution de la première de ces deux questions, je ne peux indiquer que les grandes lignes.

Les rapports d'un ordre juridique avec un autre peuvent être considérés de deux points de vue. On peut d'abord ne considérer que les rapports entre les *contenus* de chacun de ces droits ; on peut, en second lieu, ne considérer que les rapports entre les *sources* d'où découle chacun de ces droits. Chacun de ces points de vue doit être étudié à part ; on doit cependant remarquer, d'ores et déjà, que *les deux points de vue ne s'excluent nullement l'un l'autre*.

### I

Le *contenu* des règles d'un ordre juridique, par comparaison avec celles d'un autre ordre, présente de l'intérêt d'abord suivant que ces règles sont *semblables* ou *différentes* ; de ces deux

possibilités, c'est la première qui est importante, si l'on fait abstraction des questions juridico-politiques ou juridico-historiques. La similitude du contenu, — c'est une vérité d'expérience — n'existe jamais entre toutes les règles de plusieurs ordres juridiques, mais seulement entre une fraction de ces règles. Elle est très souvent liée, comme on l'a déjà montré, à un rapport entre les deux sources, en ce sens, par exemple, qu'une source juridique est assujettie vis-à-vis de l'autre à élaborer certaines règles juridiques, semblables à celles que produit cette deuxième source. Mais la similitude des règles juridiques de sources différentes ne repose presque jamais sur une apparition juridique simultanée Presque toujours, l'une suit l'autre. Pour des motifs évidents, l'établissement de cette similitude juridique est de plus grande importance à l'égard des règles juridiques qui découlent de la source postérieure, qu'à l'égard des règles juridiques qui découlent de la source qui a pris les devants. On appelle ordinairement cette reproduction « *acceptation* » ou « *réception* » du droit étranger, mais sans égard à la question de savoir si, quand le reproduction a lieu, on sait ou on ignore que des règles juridiques de même nature se trouvent déjà dans un autre ordre juridique.

La réception des règles juridiques étrangères est — au point de vue de la forme — concevable de plusieurs façons, qui correspondent en général aux différences formelles suivant lesquelles le droit est créé.

Elle peut se produire par un rappel *exprès* de règles juridiques expressément formulées par une autre source. C'est ce qui se passe quand un Etat incorpore *in toto* dans son ordre juridique le code de commerce d'un autre.

Elle peut se produire quand il est *expressément* décidé que certains faits doivent être juridiquement régis comme certains autres le sont par une autre source juridique, sans que le contenu des normes de celle-ci soit rappelé dans le règlement.

En troisième et quatrième lieux, la première source peut renvoyer *tacitement* au droit formulé ou non formulé d'une deuxième source, dans l'intention et avec l'effet que nous avons indiqués.

Ces trois dernières formes de réception du droit étranger, c'est-à-dire l'acceptation expresse ou tacite, sans rappel exprès du contenu juridique, nous les appellerons, suivant une expres-

sion qui est aujourd'hui fréquemment employée, « *règles juridiques par blanc-seing opérant réception du droit* » (*récipirende Blankettrechtssätze*) (1). On peut remarquer d'ailleurs en même temps que ces blancs-seings peuvent être remplis par le droit dérivant d'une autre source, non seulement s'il existe déjà, mais encore s'il est encore à créer. Dans ce dernier cas, on ne peut naturellement pas parler d'une « réception » au sens étroit du mot ; néanmoins, le procédé ne doit pas être considéré comme différent de ce qu'il est dans le premier cas.

Il ne faut pas ranger, parmi ces « règles juridiques opérant réception par blanc-seing », les normes que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de « *normes de collision* ou *normes d'application* » (*Kollisionsnormen*, *Anwendungsnormen*), et d'après lesquelles le droit *étranger* doit être appliqué aux rapports qu'il s'agit de juger (2). Elles ne font pas, du droit étranger, le contenu du droit propre, même pas dans le cas particulier, qui nécessite, quand il se présente, leur application (3). Une norme de cette sorte signifie deux choses ; elle déclare d'abord la volonté de la source juridique de ne pas considérer un certain rapport social comme rentrant dans son domaine législatif ; elle est une déclaration du législateur sur les limites réelles, dans lesquelles les lois sont valables en ce qui concerne un ou plusieurs rapports. Or, comme le juge est obligé d'appliquer aux faits qui sont soumis à son jugement un véritable droit, il ne peut pas appliquer, dans la circonstance que nous indiquons, le droit de son pays, puisqu'il n'y a pas de droit national régissant le cas. Si la source juridique s'en tenait à cette déclaration négative, il serait possible que le juge se trouvât embarrassé, ne pouvant découvrir aucun droit qui soit applicable. Il pourrait s'adresser certes au droit étranger, qui, par suite de certaines relations avec l'affaire à juger (lieu de l'acte, nationa-

(1) L'expression, formulée dans les termes suivants : « lois pénales par blanc-seing », vient de Binding, *Normen*, I, 1re édit., Leipzig, 1872, p. 74 et autres. Je remarque de suite, pour y revenir bientôt, que les « règles juridiques par blanc-seing » ne sont pas toutes des « règles juridiques opérant réception du droit ».

(2) Il ne s'agit naturellement que de *ces* normes, et non point de celles qui déclarent applicable le droit *propre*.

(3) Exact : Kahn, *Jahrbuch f. Dogmatik*, XXX, p. 27 sq. — Autre opinion dans Bülow, *Archiv f. d. civilist. Praxis*, LXIV, p. 52 ; Cosack, *Lehrb. d. deutsch. bürgerl. Rechts*, I, 1, Iéna, 1897, p. 45 et autres.

lité, domicile des parties), peut la régir d'une façon acceptable, alors que son droit, de lui, juge, refuse de la régir. Mais il pourrait arriver que cette source aussi se récusât et déclarât expressément qu'elle ne veut pas régir les faits en question. Il serait dès lors possible que le juge à qui on demande une décision soit obligé de refuser un jugement, ou, pour mieux dire, de rejeter la requête, parce qu'elle n'est fondée dans aucun ordre juridique. Il peut se faire qu'en beaucoup de cas cette solution corresponde en fait à la volonté de son Etat, notamment quand il s'agit de la punition d'un délit commis à l'étranger. Mais il n'en sera pas ainsi la plupart du temps. L'Etat veut qu'un droit soit *appliqué*, et la question ne lui est pas indifférente de savoir quel droit l'est. Ici entre en jeu la norme d'application, qui indique au juge un droit étranger. Elle ne déclare pas seulement que la source juridique se désintéresse de certains faits, mais elle ordonne au juge (1) d'appliquer à ces faits le droit d'une source étrangère, plus ou moins précisément déterminée, sans même se préoccuper peut-être de savoir si cette source, de son côté, consent à régler le rapport qui est en question (2). La norme d'application ordonne au juge d'*appliquer* le droit de cette source, comme le droit qui *veut* être appliqué au cas qu'il s'agit de juger. Mais elle ne produit point cet effet, que l'Etat crée *deux* droits matériels, par exemple, un droit pour les contrats conclus sur son territoire, un autre pour ceux conclus à l'étranger ; or, c'est ainsi qu'on devrait comprendre les choses, si la norme de collision voulait recevoir le droit étranger. C'est une hypothèse qu'on ne doit pas faire. La conséquence en serait, qu'une semblable norme de collision recevrait, dans des limites données, tous les droits étrangers, et par là, accepterait côte-à-côte dans son propre édifice juridique des règles de droit de contenu différent (3). Ce que nous venons de dire ne s'applique pas à ce qu'on appelle depuis quelque temps les « règles d'assignation matérielles » (*materielle Verweisungssätze*) et qui sont complètement différentes des normes d'application ; ce sont des règles matérielles (de droit privé, de droit pénal) qui, sans le formuler expressément et en s'en rapportant

(1) En ce sens, Zitelmann, *Internat. Privatrecht*, I, p. 199, 205, etc.
(2) Sans se préoccuper, donc, de savoir si éventuellement la source étrangère lui renverra la décision ou la renverra à une autre source.
(3) Comp. Brinz, *Pandekten*, 3e édit., I, p. 119.

à la source juridique étrangère, font réellement du droit étranger un droit propre, et veulent le recevoir. Ce ne sont pas des ordres donnés au juge, résultant de ce que la source juridique veut s'abstenir de régler d'une façon personnelle certains rapports ; ce sont des règles juridiques qui, au contraire, déclarent vouloir établir, pour certains faits, un droit matériel, lequel est conforme au droit étranger (1). Il va de soi que le contenu des normes d'application et de collision peut concorder (2) avec les normes correspondantes d'un autre Etat, peut-être par suite d'une réception ; qu'en outre, cette concordance peut reposer sur les rapports réciproques des deux sources juridiques, en ce sens que l'une est juridiquement tenue vis-à-vis de l'autre d'établir ces normes semblables (3).

Les règles juridiques par blanc-seing présentent une particularité, qui ne peut pas être passée sous silence. Tandis que celles d'entre elles, qui s'approprient le contenu du droit étranger en le reproduisant expressément, ne subissent, grâce à cette reproduction, aucune modification quand il se produit un *changement* dans le droit correspondant étranger, celles qui renvoient simplement à celui-ci, sans le reproduire expressément,

(1) Zitelmann, *op. cit.*, p. 258 sq. Des règles de cette sorte sont très rares en droit privé. Mais on en trouve des exemples dans le droit pénal. Quand l'Etat ordonne au juge de punir un délinquant d'après une loi pénale étrangère, ce n'est pas là une norme de collision, au sens étroit du mot. Car l'Etat ne déclare pas qu'il ne veut pas régir un fait, il crée au contraire personnellement un droit pénal. Il s'en remet seulement, pour le contenu de la loi pénale, à un droit étranger, et par là il fait de ce droit un droit propre. Exact, Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, p. 372 sq. — On doit donc admettre ici cette conséquence peu édifiante, que, de cette manière, l'Etat, suivant l'expression de Brinz (v. note précédente), fait de tous les codes et statuts du monde un appendice à son propre droit. V. à ce sujet, et sur l'importance pratique de la différence entre les normes d'application et les normes d'assignation matérielle, Zitelmann, p. 259, 260 sq.

(2) Mais ce n'est pas le cas, quand la norme de collision de l'Etat A contient ce qu'on appelle une clause de renvoi (*Rückverweisungsklausel*), c'est-à-dire déclare le droit étranger appliquable, au cas seulement où celui-ci ne contient par une norme de collision, d'après laquelle le rapport juridique en question doit être jugé d'après le droit de l'Etat A (Comp., par exemple, Zitelmann, *loc. cit.*, p. 244). Dans ce cas, la norme de collision étrangère n'est pas reçue, mais la condition, moyennant laquelle le droit matériel étranger est applicable, est qu'elle n'existe pas.

(3) Comme il peut, dans ce cas, s'agir d'une obligation de *droit international*, j'ai expliqué la matière un peu longuement. Sans cela, elle n'aurait été que brièvement traitée.

peuvent ne pas toujours rester à l'abri des modifications ou des progrès juridiques qui sont réalisés par la source étrangère. Elles *sont* à l'abri de ce risque, quand la source étrangère, comme telle, était déjà disparue avant la réception, ou disparaît après, c'est-à-dire quand elle ne peut plus créer aucun droit nouveau. Elles *peuvent* être mises à l'abri de ce risque, quand la source d'où elles découlent déclare expressément ou fait connaître d'une autre manière, que leur contenu, une fois pour toutes, en tout cas jusqu'à une déclaration contraire émanée d'elle-même, doit concorder avec le contenu du droit étranger, tel qu'il existe au moment de la réception. Mais fréquemment la source juridique ne veut pas ou ne peut pas — et cela peut avoir pour cause les rapports de cette source elle-même avec une autre — édicter une indépendance de cette sorte du contenu de ses règles. Dans ces cas, ce contenu se modifie donc au moment précis où se modifie le contenu du droit étranger correspondant.

Les règles juridiques par blanc-seing de cette sorte partagent cette particularité avec une catégorie voisine de règles juridiques dont nous devons brièvement parler ici, parce que nous les rencontrerons encore dans une autre partie de ce livre. On sait que la source juridique reçoit non seulement des normes d'autres sources juridiques, mais aussi — et dans une large mesure — des règles sans caractère juridique, qui s'adressent à la volonté humaine, règles de coutumes (par exemple, les coutumes commerciales dans le droit commercial) et règles de morale. Ici aussi on doit distinguer suivant que la réception de ces règles se produit par un rappel exprès ou par un simple renvoi aux normes existantes ou acceptées de la nature de celles dont il est question. Et, comme ni les mœurs ni la morale ne restent perpétuellement stationnaires, un changement du contenu juridique devient ici aussi possible, quand le contenu des conceptions et des prescriptions de la morale se modifie. Mais seulement lorsque la source juridique elle-même a fait dépendre le contenu de ses règles d'une modification des autres normes. Que ce ne soit pas toujours le cas, cela est si connu, qu'il est presque trivial à moi de le dire. Des contradictions entre le droit et la morale ou les mœurs ne sont pas seulement possibles ; la source juridique elle-même — ce qu'on remarque moins — en tient parfois compte, et souvent pour déclarer

expressément que ses règles sont indépendantes de ces autres normes (1).

Il ne faut pas confondre avec les règles par blanc-seing, qui ont pour effet une réception du droit étranger, une autre catégorie de règles juridiques, qu'on désigne du même nom. Ce sont les règles juridiques, qui, comme celles-là, *renvoient* au droit étranger, mais sans s'en approprier le contenu. Je les appellerai, pour les distinguer des premières, et faute d'une meilleure expression, « règles juridiques par blanc-seing n'opérant pas réception » (*nichtrecipirende Blankettrechtssätze*). Elles diffèrent extrêmement entre elles : je ne peux pas entrer ici dans les détails. La plupart présentent ce caractère commun, d'attacher une conséquence juridique à un fait (*Thatbestand*) (au sens large du mot) incomplètement défini, et qui a besoin d'un complément de définition de la part de règles juridiques d'une source étrangère, désignée par l'autre dans ce but (2). A cette catégorie appartiennent, par exemple, les nombreuses lois répressives de l'Empire, qui pénalisent les infractions aux normes du droit des Etats particuliers (3), les règles qui renvoient aux lois étrangères sur la nationalité, la procédure, les peines, etc..., à condition toujours qu'elles fassent dépendre la production ou la qualité des effets juridiques prévus, de ce que certains actes ou d'autres faits — suivant les cas — se trouvent en accord ou en

(1) Comp. l'intéressante disposition du § 48 du code pénal militaire : « Le caractère pénal d'un acte n'est point supprimé, par le fait que l'auteur s'est considéré comme *tenu* de l'accomplir *d'après sa conscience* ou les prescriptions de sa religion. »

(2) Comme je ne traite ici que des rapports entre ordres juridiques *différents*, je laisse de côté une troisième sorte de « règles juridiques par blanc-seing » : celles qui se réfèrent, pour combler leurs lacunes, à des règles du même ordre juridique, mais d'une *autre partie* de cet ordre. On sait que ces règles, comme le prouvent le droit pénal, le droit privé et la procédure, s'étendent sur l'ensemble du droit.

(3) Exemples, dans Binding, *Normen*, I, 2e édit., p. 162, n. 10. — Parfois, il peut être difficile de discerner si on se trouve en présence d'une « règle juridique par blanc-seing opérant réception, ou « d'une règle juridique par blanc-seing faisant un simple renvoi ». Je pense cependant, avec Binding, *op. cit.*, p. 164, que des dispositions comme celles du § 366, n. 1, 10, du code pénal ne convertissent pas les interdictions faites par la police de l'Etat particulier, qu'elles visent, en interdiction du droit pénal ; que, par contre, une loi qui, comme les lois d'Empire des 17 juillet 1881 et 9 juin 1895, menace de répression les contraventions aux lois douanières étrangères (ici, les lois douanières austro-hongroises) élève au rang de normes internes les normes de l'Etat étranger (*op. cit.*, p. 84, n. 8).

contradiction avec le droit étranger. Une grande partie de ce qu'on appelle le droit privé et pénal international, — je laisse ici de côté les « normes de collision » — doit être rangé parmi cette catégorie de règles Dans aucun des cas que j'ai en vue, le contenu du droit étranger n'est converti, par le blanc-seing, en contenu du droit propre de la source juridique.

Nous trouvons ici encore une analogie dans les rapports qui existent entre le droit et certains domaines régis par des normes de nature non juridique. De nombreuses règles juridiques par blanc-seing renvoient à des règles de mœurs, de morale, ou même fréquemment à des « règles » dépourvues de tout caractère normatif, à des principes économiques ou techniques, sans que ce renvoi convertisse ces règles en droit. Quand le législateur punit d'une peine particulière le meurtre causé dans un duel « par la violation des règles du combat singulier » (code pénal, § 207), quand il interdit et punit le fait de mettre autrui en danger par la violation des « règles générales admises en architecture » (code pénal, § 330), quand il accorde à quelqu'un, qui doit rendre un patrimoine étranger, le droit à la restitution des dépenses « nécessaires » ou « utiles », c'est-à-dire des dépenses dont la nécessité ou l'utilité résultaient des principes économiques, etc..., il ne convertit évidemment en règles juridiques ni ces règles de mœurs chevaleresques ni ces « principes » techniques ou économiques ; il déclare simplement leur observation ou leur violation indices relevants, par exemples, indices « contraires à la norme » ou « indices punissables », d'un fait auquel il attache des conséquences juridiques. C'est pourquoi, ni dans ces cas, ni quand il s'agit de règles juridiques qui renvoient au droit étranger sans le « recevoir », il ne peut être question d'un changement de leur *contenu*, si les règles auxquelles elles se réfèrent disparaissent ou se modifient ; seule, la sphère des faits atteints par les règles juridiques subira, dans ce cas, un changement.

Le contenu des règles juridiques issues d'une source de droit peut, sous un dernier rapport, être rapproché des règles juridiques découlant d'une autre source. Chaque source juridique opère avec des *concepts*, dont elle fait les éléments de ses règles (1). Le plus petit nombre d'entre eux est formé par la

(1) V. à ce sujet Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, p. 17 sq., et,

source juridique elle-même ; mais la majeure partie d'entre eux préexiste, et la source les utilise quand elle formule les règles juridiques, parfois sans refondre leur contenu, parfois en le refondant. Le domaine de représentation d'où ils sortent est, pour le plus grand nombre d'entre eux, celui de la vie quotidienne dans ses différentes directions. Pour le reste, la source juridique le tire du droit, aussi bien des autres règles juridiques qu'elle a elle-même créées, que des règles juridiques — et cela seul nous intéresse — découlant d'une *autre source*. Il en a été ainsi, quand le droit de l'Empire, comme il l'a fait un nombre incalculable de fois, a réalisé des concepts qui avaient déjà reçu, dans le droit ancien des Etats-membres, une organisation définie. Certes, la question de savoir si la source juridique a donné droit de cité chez elle à des concepts juridiques « étrangers », en leur laissant exactement la même empreinte que celle sous laquelle ils se sont offerts à elle, ne peut souvent recevoir une réponse qu'après un pénible travail d'interprétation. Mais il est *possible* que, par cette « réception » des concepts juridiques, elle ait, intentionnellement ou non, mis le contenu de ses règles dans une certaine dépendance du droit étranger. Je n'ai pas besoin de dire qu'il ne s'agit point ici d'une réception de *règles juridiques*, quoique la question de l'admission du droit étranger puisse, *dans certaines occasions*, être délicate.

## II

Le second point de vue sous lequel se peuvent examiner les relations réciproques de plusieurs systèmes juridiques est celui des *rapports* qui existent *entre leurs sources*. Je ne pense pas qu'il soit superflu de rappeler encore que ce deuxième point de vue n'exclut pas le premier, que les deux sortes de rapports peuvent plutôt s'entremêler et s'entrecroiser de multiples façons, que même, dans les cas les plus importants, le rapport qui existe entre une source juridique et une autre n'offre un intérêt essentiel qu'à cause d'un certain contenu de leurs règles.

Le rapport qui existe entre deux sources ne présente une importance juridique que si, pour des motifs de droit, l'une est

contre une partie de ses explications, Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, p. 11 sq.

vis-à-vis de l'autre dans un rapport de dépendance quelconque, c'est-à dire que si la volonté qui constitue une source doit être considérée comme juridiquement *déterminable* par la volonté qui constitue l'autre source. En d'autres termes : si le motif, pour lequel une source de droit émet ou omet une déclaration créatrice de droit, réside ou devait résider, pour des raisons *juridiques*, dans la direction prise par la volonté d'une autre source. Pour des raisons *juridiques* : on exclut ainsi les cas dans lesquels une source se sent obligée, par égoïsme ou pour des motifs de nature morale, de suivre l'autre source.

Une *déterminabilité* (*Bestimmbarkeit*) au sens juridique existe *toujours*, quand une source de droit est soumise à la domination (*Herrschaft*) juridique d'une autre, et *parfois*, quand elle est *coordonnée* à l'autre.

Si plusieurs sources sont coordonnées l'une à l'autre, une dépendance juridique d'une volonté vis-à-vis de l'autre n'est possible que si toutes deux sont soumises à une troisième volonté, qui s'impose à elles. Cette troisième source est soit la volonté d'une personnalité commune qui domine les deux premières, par exemple, la volonté d'un Etat fédéral composé d'Etats particuliers, la volonté d'un Etat particulier comprenant de nombreuses communes, soit une autre source, une source qui est, pour le dire de suite, une source *de droit international*. Quand une dépendance commune de cette sorte vis-à-vis d'une troisième source n'existe pas, par exemple dans les rapports entre une commune allemande et une commune étrangère (1), il n'existe pas non plus de rapports *juridiques* entre elles.

Mais s'il existe une *Herrschaft* juridique d'une source sur une autre, la déterminabilité de celle qui est soumise par celle qui commande est directement fournie par le fait de la *Herrschaft*. Cela n'apparaît pas seulement dans les rapports d'un Etat fédéral avec ses Etats-membres, d'un Etat suzerain avec ses Etats vassaux ; cela se manifeste aussi dans les rapports de l'Etat avec les groupements qui lui sont incorporés et qui peuvent

(1) Les intéressantes remarques de v. Mohl sur la communauté internationale des « sociétés », les relations internationales des communes, etc... (*Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Tübingen, 1860, p. 586, 620 sq.) traitent essentiellement des rapports des cercles sociaux d'un Etat avec les autres *Etats*, mais dans ces limites mêmes elles ne sont pas à l'abri de tout reproche ; v. ci dessus, p. 128, n. 1. — Sur les relations entre l'Etat et l'Eglise, comp. ci-dessous, p. 163, n. 1.

vouloir juridiquement, — les communes, et éventuellement les sociétés religieuses et les Eglises (1). Mais de la situation prépondérante de la volonté qui domine, il résulte que celle-ci fixe comme il lui plaît la mesure et la nature de la dépendance dans laquelle se trouve placée la volonté subordonnée au point de vue de la création du droit. Sur quoi, deux choses sont possibles.

Il est possible que la source juridique dominante établisse des normes, qui limitent la compétence, en tout ou en partie, de la source subordonnée. Elle lui accorde ou lui refuse, dans une certaine limite, la capacité de produire par elle-même du droit. Il s'ensuit que les actes de la source subordonnée, ayant pour but de créer du droit, sont *valables* ou *nuls*, suivant qu'ils sont faits à l'intérieur du cadre ainsi tracé, ou qu'ils en dépassent les limites. L'exemple le plus proche nous est fourni par les prescriptions de la Constitution fédérale allemande, qui refusent aux Etats-membres la capacité de créer par eux-mêmes du droit dans les matières pour lesquelles la compétence législative appartient *exclusivement* à l'Empire ou qui leur retirent une compétence dont ils s'étaient provisoirement chargés en certaines matières, dans le cas où l'Empire exerce lui-même sur ces matières son pouvoir législatif. Mais en dehors des rapports fédéraux, on rencontre des relations de cette sorte entre sources juridiques inférieure et supérieure dans les rapports de l'Etat avec les sources

(1) Il n'est pas toujours possible de découvrir en cette matière un critérium *objectif*, d'après lequel on pourrait discerner si on se trouve en présence d'un rapport de subordination ou d'un rapport de coordination de plusieurs sources de droit. La preuve en est dans les différentes conceptions que se font de leurs rapports réciproques les Etats d'un côté, l'Eglise catholique de l'autre. Si l'on se place simplement, — ce que je considère comme nécessaire — au point de vue de l'Etat, on voit que tous les Etats ne conçoivent pas semblablement leur situation vis-à-vis de l'Eglise, et que chaque Etat ne conçoit pas toujours et sous tous les rapports d'une façon identique sa propre situation vis-à-vis de ce groupement. Quand l'Etat notamment a signé avec l'Eglise des *Vereinbarungen* sous forme de concordats, il a reconnu l'Eglise comme un facteur d'égale condition, et, en tant qu'il s'agit de l'élaboration de normes juridiques, il l'a reconnue, d'abord tout au moins, comme une source de droit coordonnée. Seulement, ces concordats, bien qu'analogues aux traités du droit international, ne doivent cependant pas être considérés comme tels (comp. sur la question, Friedberg, *op. cit.*, p. 130 sq. et les auteurs cités), et, parce qu'il n'y a pas une troisième source, à laquelle ces deux souces — toujours dans l'hypothèse du point de vue de la coordination — soient également subordonnées, leurs relations réciproques sortent dans cette mesure des cadres généraux du droit.

corporatives et autonomes qui lui sont subordonnées. On ne peut parler de rapports réciproques entre plusieurs ordres juridiques que quand la source inférieure a créé du droit *dans les limites* de l'autorisation qui lui a été donnée. Car si elle osait essayer de créer du droit en dehors de ces limites, elle ne pourrait pas produire un droit objectif.

Mais il est possible aussi que celle des deux sources qui est prépondérante fasse à la seconde des *commandements* relativement à la création d'un droit propre à celle ci ; elle peut lui donner l'*ordre* de régler certaines matières, soit en lui laissant toute liberté sur le contenu des normes futures, soit en déterminant d'une façon plus précise ce contenu ; elle peut lui *interdire* de légiférer sur certaines matières ou dans certaines directions. Confédération d'Etats et Etat fédéral (1) nous fournissent suffisamment d'exemples ; l'Etat unitaire dans ses rapports avec les groupements communaux ne nous en fournit pas moins (2). Dans les rapports de l'Etat fédéral avec l'Etat-membre, ou de l'Etat avec la commune, cette interdiction peut avoir pour conséquence et a le plus souvent pour conséquence la nullité des normes qui la violeraient. Mais ce n'est pas toujours le cas : ce n'est pas le cas, par exemple, pour les interdictions adressées par l'Etat suzerain à l'Etat vassal. Laissons pour un instant de côté cette possibilité (3), et observons seulement les *ordres* ci-dessus indiqués et les *interdictions* dont la violation n'entraîne pas après elle la nullité. Si la source inférieure se conduit contrairement à l'ordre ou conformément à l'interdiction, c'est-à-dire s'*abstient*, contrairement ou conformément à son devoir, de créer du droit, un rapport particulier de son système

(1) Comp. *d'un côté* les dispositions de la Constitution d'Empire, art. 35, § 2 ; art. 61 (cet article rentre dans cet ordre d'idées, du moins d'après l'interprétation qui me paraît exacte) ; la disposition finale du chapitre XI, rapproché du traité d'alliance avec la Bavière du 23 novembre 1870 (*B. G. Bl.*, 1871, p. 9), III, § 5, n° III ; ainsi que le droit des Etats particuliers d'élaborer des lois d'application, etc... ; *d'un autre côté*, la prescription de la loi d'introduction au code pénal, § 5. Pour plus de détails, v. Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 263 sq.

(2) Devoir, par exemple, de faire des règlements, etc...

(3) Je n'ai pas ici à rappeler de quelles manières différentes la source supérieure peut exiger l'observation des ordres qu'elle donne, si par exemple, dans le cas où un ordre de créer du droit n'a pas été exécuté, elle dispose d'un moyen de contrainte pour obtenir ce qui lui a été refusé ou si elle peut édicter des normes en vertu de sa propre autorité, à la place de la source subordonnée.

juridique avec celui de la source supérieure ne naîtra naturellement pas. Il en est tout autrement, quand elle édicte des réglementations juridiques conformément aux ordres ou contrairement aux interdictions ; nous trouvons ici les deux catégories de créations juridiques : la *création juridique ordonnée* (*gebotene Rechtssetzung*) et *la création juridique interdite* (*verbotene Rechtssetzung*), et, en ce qui concerne le caractère du droit objectif établi, les deux sortes de droits : le *droit ordonné par le droit* (*rechtlich gebotenes Recht*) et le *droit contraire au droit* (*rechtswidriges Recht*). Il est enfin possible, qu'une source supérieure accorde à une source inférieure l'*autorisation* de créer du droit, au sens de créer un véritable droit subjectif. Ceci est fréquent, non point dans les rapports de l'Etat fédéral avec l'Etat-membre (1), mais dans ceux de l'Etat suzerain avec l'Etat vassal. Si la source subordonnée fait usage d'une telle autorisation, nous trouvons une troisième catégorie : le *droit autorisé* (*erlaubtes Recht*). Il forme avec le droit ordonné le *droit conforme au droit* (*rechtsmässiges Recht*) par opposition au *droit contraire au droit*.

De ces différentes hypothèses, lesquelles sont possibles, lesquelles se réalisent dans les rapports entre le droit international et le droit interne ?

(1) On parle bien souvent ici d'un « droit » de légiférer de l'Etat-membre ; par exemple, Hänel, *op. cit.*, I, p. 262, 263, etc..... Mais cette expression ne peut signifier que ceci : l'Etat particulier a la « compétence » de créer du droit vis-à-vis de l'Empire. Il s'agit ici d'un pouvoir (*können*) et non d'une licence (*dürfen*), cela ne rentre donc pas dans le cas que nous examinons.

CHAPITRE II

# Les rapports entre les règles juridiques

## § 7

## La réception du droit international par l'Etat (1).

### I

Nous entendons, par « réception », l'acceptation d'une règle juridique découlant d'une source de droit par une autre source. Comme une règle du droit international, ainsi que nous l'avons ci-dessus exposé, ne peut régir que des rapports d'Etat à Etat, il est évident qu'il ne peut être question d'une réception de ces règles dans un système juridique étatique que dans une très étroite mesure. Au premier abord même, cette réception paraît impossible.

On ne peut naturellement parler d'une réception du droit international par le droit interne, que quand le *droit à recevoir* est réellement du droit international. Par suite, la mise en œuvre de ce qu'on appelle le *jus naturale* ou le *jus gentium* (au sens romain du mot) par la source de droit étatique est une tout autre chose, car il s'agit là de la refonte d'une matière appartenant au droit individuel ou au droit public, laquelle (qu'elle ne doive sa naissance qu'aux spéculations du droit naturel, ou qu'elle se manifeste, quand on la rapproche des systèmes juridiques positifs, comme un droit véritable, s'appliquant

(1) Pour simplifier, je confondrai dans ce qui suit le droit interne avec le droit étatique, sans par suite envisager la question de savoir si le droit coutumier est un droit étatique ou non.

dans une sphère différente) ne présente pas néanmoins un caractère international, au sens que nous donnons à ce mot.

Il ne peut pas davantage y avoir jamais réception du droit international par l'Etat, quand le contenu de la règle étatique ne correspond pas *exactement* au contenu de la règle de droit internationale. Toute modification du droit (pour appliquer le mot au droit objectif) exclut la notion de réception juridique. Il est absolument impossible, bien qu'on le fasse très habituellement, — ce qui empêche de connaître exactement la véritable situation des choses — de désigner sous les appellations d' « acceptation » (*Aufnahme*), ou d'« appropriation » (*Aneignung*), ou d' « incorporation » (*Einverleibung*) des normes du droit international par la législation de l'Etat, le procédé par lequel l'Etat, pour obéir à un devoir qui s'impose à lui en vertu du droit international, ou pour remplir, à la suite d'une libre détermination, des devoirs « internationaux », édicte des règles de droit ayant un caractère juridique international — pour les désigner provisoirement ainsi. Car le plus souvent ces règles sont des ordres ou des autorisations aux individus ; elles ne sont donc indubitablement pas de pures reproductions de règles internationales (1).

Comment donc, parti d'un point de vue aussi strict, peut-on parler d'une réception de la nature de celle dont il est question ? Ce serait en effet impossible, si le système juridique de l'Etat et ses règles ne s'appliquaient qu'aux individus. Mais on sait que tel n'est pas le cas. Dès lors que l'Etat peut édicter des règles obligatoires pour des *collectivités* qui ou bien sont des Etats, ou bien sont proches parentes de ces sujets du droit international par suite de leur qualité de personnes morales, il est concevable qu'il prenne comme modèle, pour la formation du droit qu'il leur destine, des règles du droit international. Rien n'est plus naturel que de le voir s'en tenir, pour la réglementation des rapports des communautés qui lui sont soumises, à

(1) De même, l'Etat ne convertit pas le droit international en droit interne, quand il introduit des « normes de collision superétatiques » dans le « droit privé international interne » ; ainsi Zitelmann, *op. cit.*, p. 74 sq, 196, etc... Mais comme Zitelmann lui-même a expliqué avec le plus grand soin, que les normes du droit international s'appliquent et doivent s'appliquer entre des sujets dont la nature est différente de celle des sujets auxquels s'appliquent les normes du droit interne, il ne s'agit ici chez lui que d'une expression inexacte, non point d'une fausse conception.

*l'intérieur de ses frontières*, aux normes du système juridique, dont les institutions seraient applicables à ces communautés si elles n'étaient pas soumises à sa puissance législative, si elles étaient laissées à elles-mêmes et si, par suite, elles devaient se conformer, dans leurs rapports réciproques, à des normes internationales ou similaires.

Aussi le cas le plus proche et le plus important dont nous ayons à nous occuper est-il celui de la réception du droit international par un Etat composé, en vue de l'appliquer aux relations des *Etats* dont il se compose ; l'*Etat fédéral* nous fournit l'exemple-type. Nous n'aurons même à nous occuper que de lui. On peut certes concevoir qu'un Etat, dans le but que nous indiquons, applique des règles internationales aux relations réciproques des groupements qui lui sont subordonnés, qu'il s'agisse par exemple des rapports mutuels des personnes morales publiques, notamment des *communes* et des autres *unions communales* (1), ou des *sociétés religieuses* et *églises* qui lui sont incorporées, ou des *colonies* ou *territoires autonomes* qui dépendent de lui. Mais les relations *réciproques* de ces communautés, également soumises à l'Etat, tiennent en général si peu de place par rapport aux relations que chacune d'elles a *avec l'Etat*, qu'il ne vaudrait guère la peine de rechercher dans cette si vaste matière les quelques règles juridiques qui nous intéressent. Il en est à peu près de même des relations qu'entretiennent entre eux plusieurs *Etats vassaux*, dépendant d'un seul et même suzerain, par exemple, les Etats vassaux de la Turquie. Pour des raisons faciles à apercevoir, des règles édictées par l'Etat supérieur précisément pour ces relations font presque entièrement défaut. Dans la mesure où des rapports internationaux se nouent entre Etats vassaux, leur réglementation est abandonnée en gros et en détail au bon plaisir de ces Etats : elle doit donc être considérée comme purement internationale, sans préjudice d'ailleurs de la question controversée de savoir si des Etats non souverains peuvent être sujets du droit international. Au contraire, la question de savoir dans quelle mesure l'Etat suzerain, quand il réglemente unilatéralement ses *propres* rapports avec l'Etat vassal, prend pour modèle des règles internationales d'applica-

(1) On peut penser, par exemple, aux associations dans lesquelles entrent plusieurs communes etc... et qui sont réglées par l'Etat (syndicats de communes, etc...), ou bien à la fusion des communes, etc...

tion plus générale, — cette question, dis-je, mériterait un examen plus approfondi. Il faut considérer cependant que les fondements historiques de ces rapports de vassalité — je pense surtout à ceux de l'Empire ottoman, — ont et ont eu un caractère essentiellement international, que dans la réglementation de ces rapports il s'est toujours agi *au fond* — quand bien même cela n'a pas été le point de vue *formellement* accepté par le suzerain — de liens *contractuels*, de sorte qu'on ne peut guère parler ici d'une réception par les lois. Aussi laisserai-je cette question de côté. Je remarque seulement que j'étudierai ailleurs l'Etat composé que formait l'ancien Empire Allemand, que l'on a souvent nommé, à cause des éléments de vassalité qu'il contenait, un Etat d'Etats (*Staatenstaat*), en le rapprochant de la forme étatique que revêt l'Empire turc, et qui est en effet semblable du point de vue purement formel, — sans avoir pour cela l'intention de lui consacrer de longs développements.

J'ai déjà indiqué qu'au nombre des rapports entre plusieurs collectivités qui peuvent et qui doivent être régis par une réglementation nécessaire de droit interne, il faut compter non seulement les rapports *réciproques* des communautés incorporées dans un Etat, mais aussi les rapports de ces communautés avec l'Etat lui-même. On pourrait aussi se demander, à l'égard de ces rapports, si l'Etat a, dans une certaine mesure, utilisé dans sa législation des modèles du droit international. Mais, ici encore, je me limite aux rapports de l'*Etat fédéral avec l'Etat-membre*, que je rattacherai aux recherches que j'ai annoncées sur les normes édictées par l'Etat fédéral *pour* les Etats-membres. Et enfin la question pourrait se poser de savoir si l'Etat, dans la mesure où il règle par voie de législation interne ses propres relations avec des Etats *étrangers* ne dépendant pas de lui, reçoit par là *ipso facto* des normes de droit international. Nous examinerons spécialement si cette idée est exacte, et la mesure dans laquelle elle l'est. Ainsi le plan de ce qui suit s'établit de lui-même.

Je crois cependant devoir faire d'abord deux remarques d'ordre général.

Au point de vue formel, nous verrons que, quand nous rencontrerons une réception du droit international dans le droit interne, elle se présentera exactement dans les formes que nous

avons ci-dessus décrites : ce sera une réception expresse ou « tacite » de normes formulées ou non formulées (1).

En second lieu, il faut dès maintenant indiquer que la réception entraîne pour les règles juridiques qui en sont l'objet leur *introduction* dans l'édifice général du droit interne. *Par* la réception, la règle du droit international *devient* règle du droit interne, avec tous les effets formels et matériels qui y sont attachés. Il va de soi, mais, pour éviter tout malentendu, je remarque expressément que, quand des règles du droit international sont transcrites en vue de régir des relations juridiques, *celles-ci ne cessent point d'être des relations internes pour devenir des relations internationales.* Quand notamment les rapports fédéraux sont influencés de la manière que nous avons indiquée par des idées du droit international, ils ne se transforment pas en rapports internationaux ou ne reprennent pas ce caractère.

Il s'agit de tout autre chose dans la question de savoir si, par la réception ou avec elle, la règle de droit international reçue disparaît ou non. Nous verrons que la réception n'a point pour effet d'effacer la règle du droit international. Quand nous constatons une disparition de cette sorte, c'est que ou bien elle était déjà chose faite avant la réception, la réception signifiant précisément une réapparition consécutive à la disparition ; ou bien la règle du droit international ne perd sa validité qu'à l'égard d'une partie de son domaine d'application, mais ce n'est pas une conséquence de la réception : c'est une conséquence d'autres faits qui n'ont rien à voir avec la réception.

## II

L'hypothèse que des *éléments* de droit international existent dans le système juridique d'un Etat est très vraisemblable, quand cet Etat est composé de collectivités, qui portent à bon droit le nom d'Etats. De là à soutenir que ce système juridique a reçu des *règles du droit international*, il y a cependant encore un assez grand pas à faire. Cette affirmation aura grande chance d'être confirmée par le droit positif, si l'Etat composé s'est substitué au rapport de juxtaposition international, qui existait autrefois entre les communautés qui sont maintenant ses mem-

(1) Sauf indication particulière, je ne reviendrai pas, dans ce qui suit, sur le côté formel de la réception.

bres. Car, dans ce cas, le pouvoir fédéral nouveau est créé par un acte des Etats-membres, qui sortent tous ensemble de la sphère internationale en abandonnant d'importantes parcelles de leur puissance souveraine, et se soumettent à une autorité supérieure commune ; on peut ainsi facilement penser que, pour ne se dépouiller de leur liberté que dans les limites du nécessaire, ils introduiront dans la Constitution du nouvel Etat composé, qu'ils déterminent eux-mêmes quand ils fondent cet Etat, une partie du droit qui leur était jusqu'alors applicable, c'est-à dire du droit international.

L'hypothèse inverse sera plausible, quand en sens contraire, l'Etat composé naît, par *désagrégation*, de l'Etat unitaire. Car ici la dissolution des formes juridiques unitaires par des éléments fédératifs s'opère, pour ainsi dire, *contre* la volonté de l'Etat. Elle trouvera son expression plus dans des *faits* de nature non juridique ou anti-juridique que dans des réglementations *juridiques* émanées de la communauté qui tombe en décomposition.

En fait, l'histoire constitutionnelle de l'*ancien Empire Allemand* démontre que notre hypothèse est exacte. Cette histoire nous montre depuis la fin du moyen-âge et définitivement depuis la paix de Westphalie la transformation d'un Etat unitaire en un Etat composé, qui est constamment menacé et enfin anéanti par la tendance qui se développe toujours davantage chez ses membres et qui vise à remplacer complètement les formes étatiques par un lien de pur droit international. Ainsi, dans le cours des temps, les institutions financières, militaires et même judiciaires (1) de l'Empire se transforment en institutions, qui ne peuvent renier le caractère d'institutions *communes* à une *pluralité* d'Etats rattachés les uns aux autres par un simple lien d'association ; le *Reichstag*, organe de l'Empire, devient un congrès où des diplomates votent d'après leurs instructions. Certes tout ceci s'est passé légalement ; même la concession menaçante du droit confédéral aux Etats de l'Empire (*Reichsstände*) dans l'acte de paix d'Osnabrück a été juridiquement voulue par l'Empire lui-même. Mais on ne peut cependant pas parler, dans les limites que nous venons d'indiquer, d'une ac-

(1) V. Perthes, *Das deutsche Staatsleben vor der Revolution*, Hambourg et Gotha, 1845, p. 27 sq.

ceptation *des règles du droit international* par la source juridique supérieure de l'Empire.

Il en est autrement à mesure que se forme, pour les *rapports réciproques* des *Etats* de l'Empire abandonnés à eux-mêmes, une pratique qui emprunte les formes et les normes en usage dans les relations des cabinets européens. Là, se développe sous les yeux de l'Empire, dans des limites d'abord modestes mais qui s'étendent ensuite, un *droit international particulier* de ses Etats-membres, exactement de la même manière que se forme entre Etats souverains le droit coutumier international. Les publicistes du temps de l'Empire peuvent bien nier qu'il s'agisse ici de rapports internationaux, parce que les moyens que le droit international permet d'employer pour imposer par la contrainte l'application de ses normes, la guerre et les représailles, étaient interdits entre Etats de l'Empire (1) ; ils peuvent bien aller jusqu'à concéder que les territoires allemands se trouvaient « dans un état intermédiaire, ayant entre eux des rapports de droit international, et étant soumis à l'Empire en vertu d'un droit étatique » (2), d'où il résulte que, quand la puissance d'Empire ne leur avait fait aucune prescription, ils pouvaient faire usage entre eux des règles du droit international (3) ; ils peuvent enfin parler d'un « droit international des Allemands » précisément en visant ces rapports (4) ; — on ne peut guère contester qu'à l'égard de la représentation diplomatique, de la conclusion des traités, etc..., il s'était formé, sous les princes des Etats, un ensemble de règles empruntées au droit international européen. C'était tout à fait naturel de la part de ces Etats d'Empire, qui avaient déjà conquis une place comme membres de la société internationale *européenne*. Ainsi, en prenant les choses en gros, il y a bien eu une réception du droit international mais non point *par l'Etat*, c'est-à-dire qu'il n'y a eu aucune acceptation *dans le droit interne*. Et comme celle-ci seule nous intéresse, nous pouvons en rester là sur ce sujet.

(1) Comp. Häberlin, *Handbuch des teutschen Staatsrechts*, III, Berlin, 1797, p. 230 sq ; Leist, *Lehrbuch des teutschen Staatsrechts*, 2e édit., Göttingen, 1805, p. 762 sq.

(2) Gönner, *Entwikelung des Begriffs... deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten*, Erlangen, 1800, p. 18.

(3) *Ibid.*, p. 34 sq.

(4) V. ci-dessus, p. 111 sq. Pour toute cette discussion, v. J. J. Moser, *Von Teutschland u. dessen Reichsverfassung*, Stuttgart, 1766, chap. 26 : Günther, *Europ. Völkerrecht*, I, p. 38 sq.

Le processus d'après lequel s'est historiquement formée la structure fédérale des grands Etats composés du temps présent est bien différent : *Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, *Confédération suisse*, *Empire allemand* actuel, lequel n'est que l'élargissement de la *Confédération de l'Allemagne du Nord* de 1867 (1). Là, décomposition de l'unité étatique en pluralité internationale, ici, établissement d'institutions fédérales et, simultanément, abandon de la coordination internationale.

On a déjà fait remarquer pourquoi on accepte d'une manière particulièrement aisée ici l'hypothèse d'une réception de règles internationales par le droit interne. On sait qu'il y a même des théories, d'après lesquelles les rapports juridiques *actuels* des Etats que nous venons de nommer sont des rapports internationaux. Si elles étaient exactes, notre étude ne pourrait naturellement pas être poursuivie, et serait inutile. Mais si elles sont fausses, ce que je pense, le fait seul qu'elles ont pu naître montre quelle part « d'international » doit encore se trouver dans le système juridique fédéral. Il est important d'abord de remarquer que tous les membres des trois Etats fédéraux que nous avons nommés avaient auparavant entre eux des rapports plus étroits que ceux qui naissent de la simple participation à la société internationale ; il y avait déjà entre eux des rapports de confédération ou d'union. Ces associations d'Etats avaient, dans leurs décisions, produit, non point certes des lois, mais des *règles juridiques* de caractère international (2). On est ainsi forcément conduit à supposer que ces règles ont précisément été, dans une certaine mesure, conservées lors de l'élaboration du nouveau droit étatique. Peu importe que la transition par laquelle les trois Etats sont passés de la Confédération d'Etats à l'Etat fédéral ait été dissemblable ; en Amérique et en Suisse, il y a eu une transformation immédiate d'une union d'Etats plus

(1) J'exclus immédiatement de tout examen les Etats fédératifs de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud. Malgré les excellents travaux de Bushnell Hart, *Introduction to the study of federal government*, Boston, 1891, et l'étude plus fouillée de Le Fur, dans son ouvrage *Etat fédéral et Confédération d'Etats*, Paris, 1896, nous sommes encore trop peu en situation de connaître avec suffisamment de précision leur structure juridique. De même, la Constitution fédérale allemande de 1849, et la Constitution d'Union d'Erfurt ne doivent être mentionnées qu'occasionnellement. Limitation plus précise, au texte.

(2) Comp. p. 84, n. 1, 85.

lâche en une union d'Etats plus étroite ; en Allemagne, il y a eu d'abord une dissolution complète de l'association, dont la nouvelle union, qui ne s'est formée qu'après un an écoulé, et qui ne comprenait qu'une partie des anciens associés, ne peut en aucun sens être considérée comme le successeur juridique. Peu importe, dis-je, — car, ainsi qu'on le sait et que je vais immédiatement le rappeler, la nouvelle organisation des rapports étatiques s'est consciemment rattachée en plusieurs points, non seulement à des essais antérieurs de transformation du droit confédératif ancien, mais souvent à des institutions de ce droit lui-même.

Si, dans ce qui suit, je me limite au bref examen, au point de vue que j'ai indiqué, du droit de l'Empire Allemand (et de la Confédération de l'Allemagne du Nord), c'est uniquement pour le motif externe de ne pas grossir démesurément mon exposé. Je me contente de garantir que des formes *semblables* à celles que je vais mentionner se retrouvent dans le droit fédéral et dans la situation des deux autres Etats fédéraux. Elles ne se montrent cependant pas partout aux mêmes endroits, et je serais forcé d'en parler, non point simultanément, mais successivement. Cela m'arrêterait plus longtemps que cela ne vaut. Je m'en tiens donc à ne traiter que du droit, qui m'est plus proche, de *l'Empire Allemand*.

Or il y a, dans le droit de l'Etat fédéral, *trois* faces qui, pour le but que nous visons, doivent être examinées. Ce droit doit être étudié, d'abord, dans ses dispositions d'*organisation*, c'est-à-dire dans celles de ses règles juridiques qui traitent de la participation des membres à la formation de la volonté commune : c'est du droit constitutionnel au sens étroit du mot. Le droit de l'Etat fédéral présente, en second lieu, de l'intérêt, en ce sens que, abstraction faite de ces règles d'organisation, il entreprend de régler les rapports de l'Etat fédéral avec les Etats qui en font partie, il fonde les droits et devoirs normaux et anormaux de ces Etats. Il nous intéresse enfin, en ce qu'il règle les *rapports réciproques* des Etats-membres. C'est à l'examen de ce triple point de vue que nous allons procéder.

Mais une question qui ne rentre pas dans ce cadre doit être préalablement examinée.

## III

La Confédération de l'Allemagne du Nord et l'Empire Allemand sont nés « par la voie du droit international ». Leur fondation a été réalisée, ou du moins préparée par des actes, qui doivent être considérés comme appartenant au droit international. Parmi ces actes préparatoires, il faut ranger, sans aucun doute, l'établissement extérieur du *texte de la Constitution* qui, la fondation une fois réalisée, est devenue la « *Constitution fédérale* ». Cette Constitution rentre donc, sous un certain rapport, dans le droit international ; il importe d'établir la nature de ce rapport. Mais seulement en vue de résoudre la question suivante : doit-on considérer en quelque manière la procédure d'établissement de la Constitution fédérale comme une *réception* de règles du droit international.

Celui qui considère la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord non seulement avant, mais aussi après la fondation de cette Confédération comme un *traité international*, — qu'il n'y voie qu'une opération juridique obligatoire ou qu'il y voie aussi une création de droit —, celui-là ne peut évidemment apercevoir dans l'établissement de la Constitution aucune réception du droit international dans le droit interne ; il peut tout au plus y apercevoir une réception dans le droit international d'un droit international ancien, si, d'après lui, la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord est la création d'un nouvel Etat composé avec appropriation des différentes normes de l'ancienne Confédération Germanique. Cette opinion se retrouve dans une deuxième théorie, d'après laquelle la Constitution fédérale est un élément concordant des différentes Constitutions des Etats-membres ; on pourrait ici peut-être penser à une réception des règles du droit international par une source de droit étatique, mais non pas par la source juridique d'un Etat composé. J'ai déjà montré l'inexactitude de cette dernière opinion (1) ; je n'ai pas besoin de m'en occuper davantage.

D'après l'opinion que je tiens pour exacte, la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord est une *loi d'Etat* : c'est la loi fondamentale d'un Etat composé. Je ne veux pas rechercher ici à quel moment elle est devenue telle,

(1) Comp. p. 22, n. 1.

si la Confédération est née avec sa Constitution et en même temps, ou si elle s'est appropriée sa Constitution, de quelque manière que ce soit, après sa naissance. Je crois que la première opinion est la vraie, mais je ne veux pas entrer dans la discussion des théories qui se sont fait jour sur ce point. Certes, si l'on pensait que la Confédération *avait* sa Constitution au moment où elle a été formée, on pourrait considérer la Constitution comme une loi, mais non point considéer son élaboration comme une œuvre législative ; la Confédération, en effet, ne pouvait pas faire œuvre législative, puisque cela supposerait qu'elle est plus vieille que sa Constitution, — mais on ne peut pas considérer les Etats fondateurs comme les « législateurs » de la Constitution fédérale. Tout ceci sera écarté si, *au point de vue où nous nous plaçons*, et après avoir accepté comme possibles les deux procédures de fondation, je les nie également toutes deux, et si je les traite simplement comme ayant *créé* un droit étatique. La question se pose donc dans les termes suivants : cet établissement de la Constitution de la Confédération est-il une réception du droit international ? Non point une appropriation de *différentes* règles du droit international, c'est là une question que nous examinerons plus tard. Je demande si la Constitution fédérale, *en tant que telle*, que nous trouvons devant nous comme loi d'Etat, est née par la voie d'une transformation du droit international en droit étatique.

La question, me semble-t-il, n'a pas encore été posée et résolue sous cette forme. Mais si je ne m'abuse, elle doit recevoir une réponse affirmative de la part de ceux qui, sans nier qu'elle soit maintenant une loi d'Etat, considèrent la Constitution fédérale, d'après sa *formation*, comme un « traité » (1). Du moins, c'est la seule possibilité que j'aperçoive d'expliquer la contradiction évidente qui se trouve dans les mots (2). Car un « traité », au sens étroit du mot, c'est-à-dire une opération juridique, ne peut absolument pas se transformer en une norme juridique législative interne. Mais il est peut-être *concevable*, qu'une règle du droit international, née « conformément aux traités », devienne le contenu d'une Constitution fédérale. Sans vouloir soutenir

(1) G. Meyer, *Annalen des deutschen Reichs*, 1876, p. 658 sq. ; *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 4ᵉ édit., p. 159 sq., 509 sq. ; Brie, *Staatenverbindungen*, p. 130 sq. ; v. Holtzendorff, H. H., I, p. 104, etc...

(2) Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3ᵉ édit., I, p. 30 sq.

que la pensée suivante se soit clairement présentée à l'esprit des représentants de l'opinion ci-dessus mentionnée, je formule ainsi la question sur laquelle roule la discussion : la Constitution fédérale était-elle dans son ensemble, *avant* de devenir loi d'Etat, droit international ?

On doit répondre à cette question par la négative : il y a à cela une raison matérielle et une raison formelle.

La Constitution fédérale a essentiellement pour destination et pour portée, comme loi d'Etat, de limiter juridiquement le pouvoir de l'Etat supérieur vis-à-vis des pouvoirs des Etats subordonnés, et, par des règles d'organisation, de déterminer la manière dont se forme la volonté de l'Etat supérieur ; or il est impossible de considérer ces règles juridiques comme le contenu de normes du droit international. Si même l'on concevait l'idée bizarre, complètement contradictoire avec les faits historiques, et qui d'ailleurs n'a jamais été exprimée, que la Constitution fédérale a *d'abord* été conçue comme la Constitution d'une association internationale et qu'elle n'a dû devenir qu'après la loi fondamentale de l'Etat composé qui a succédé à cette association (1), cela ne changerait rien. Car il serait encore impossible, que le statut fondamental d'une association purement internationale, douée d'un pouvoir purement « social », se transformât, sans une modification réelle de contenu, en loi fondamentale d'un Etat.

Cette opinion ne peut qu'en apparence s'appuyer sur la *forme* dans laquelle est née la Constitution fédérale. Le texte de la Constitution a certainement été, pendant quelque temps, élément d'une *Vereinbarung* internationale. Mais il n'a pas été règle du droit international. Par le pacte d'alliance du 18 août 1866 (2) et par les déclarations d'accession des Etats de l'Allemagne du Nord qui n'y participaient pas au début, les contractants s'étaient obligés à entrer dans une Confédération, dont la Constitution devait être établie de la manière qui était indiquée dans le pacte. Le contenu de cette Constitu-

(1) En s'appuyant, par exemple, sur les formules souvent discutées des articles 2 et 6 du pacte du 18 août 1866 (fixation « définitive » des « buts de l'alliance » et « détermination de la nouvelle situation fédérale »), ou en s'en référant au préambule de la Constitution. Les remarques de v. Roenne, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 2e édit., I, p. 60, ne sont qu'en apparence inspirées de cette pensée.

(2) M. N.R. G., XVIII, p. 476.

tion n'était, par le renvoi aux principes du 10 juin 1866, prévu que dans ses grandes lignes. Le pacte du mois d'août n'était ainsi qu'une *Vereinbarung* par blanc-seing ; ce blanc-seing devait être rempli de la manière prévue à l'art. 5, c'est-à-dire par une nouvelle *Vereinbarung* des gouvernements et avec la collaboration d'un Parlement qui devait être élu *ad hoc*. Lorsque ces formalités furent terminées, le texte arrêté de la Constitution compléta la *Vereinbarung*, mais toujours seulement à titre de Constitution de l'Etat futur. Cette *Vereinbarung* aboutissait à ceci, que les Etats devaient entrer dans une Confédération avec la Constitution qui était maintenant *complètement* formulée. Il n'était par là rien changé au caractère de la *Vereinbarung* primitive ; elle n'avait été que davantage précisée. Le complément de la *Vereinbarung* par l'établissement de la Constitution ne fit pas de celle-ci une « *Vereinbarung* créatrice de droit », ni ne transforma son contenu en contenu d'une règle du droit international formulée par une *Vereinbarung* créatrice de droit. La Constitution était un « élément » de la *Vereinbarung*, en ce sens seulement, qu'elle servait à déterminer, si je puis ainsi dire, « un moment de l'état de choses », à savoir, le devoir qui avait été accepté par les contractants au moyen de la *Vereinbarung*. Ce devoir était imprécis avant l'achèvement de la forme extérieure de la Constitution ; il était maintenant défini avec précision. C'était auparavant le devoir d'entrer dans un Etat composé, dont la Constitution flottait encore en contours nuageux dans l'esprit des contractants ; c'était maintenant le devoir d'entrer dans un Etat composé, dont la Constitution était définitivement arrêtée. C'est seulement en ce sens que la Constitution était élément d'un traité. Il y a d'innombrables traités qui prennent en considération des lois nationales actuelles ou futures, et donc aussi des lois constitutionnelles, et qui, ce faisant, ont pour objet et pour résultat de préciser davantage par cette prise en considération le contenu des différentes dispositions qu'ils prévoient, sans que pour cela la loi interne devienne droit international. Ces traités nous occuperont bientôt davantage. Il en est ainsi dans notre cas. Seulement ici, le renvoi s'est produit non point à des lois des contractants, mais à la loi fondamentale d'un Etat futur, les dominant tous. Il est ainsi établi que la Constitution de la Confédération, en tant que telle, n'a *jamais* été contenu, élément d'une *règle juridique internationale*.

Il en est de même de la *Constitution d'Empire*; cependant, il faut conduire la démonstration autrement que pour la Constitution de la Confédération. Celle-ci était la première Constitution d'un Etat composé, créé par la réunion de nombreux Etats ; la Constitution de l'Empire, au contraire, est la Constitution modifiée d'un Etat composé existant, qui était forcé de changer sa Constitution par suite de l'augmentation du nombre de ses membres, résultat de l'entrée dans l'Union des Etats de l'Allemagne du Sud. On peut se demander, pour la Constitution de la Confédération, non point certes si c'était une *loi*, mais si elle est née à la suite d'un travail législatif ; cette question ne peut pas se poser pour la Constitution de l'Empire. Cette Constitution, — je ne parle pas ici de la rédaction telle qu'elle résulte de la loi du 16 avril 1871, mais de l'état de choses tel qu'il existait au 1[er] janvier 1871 — a été faite comme loi de la Confédération de l'Allemagne du Nord, comme Constitution de cette Confédération, bien que celle-ci ne se soit donné cette Constitution que pour le cas où elle s'agrandirait. Par suite, s'il pouvait être ici parlé d'une réception du droit international, ce serait au sens étroit du mot, réception signifiant acceptation du droit par la voie législative. Mais il faut rejeter cette idée. Aussi peu en effet que la Constitution de la Confédération, la Constitution de l'Empire, ou, pour mieux dire (afin de tenir compte des diverses rédactions dans les différents traités), l'ensemble du droit constitutionnel de l'Empire, tel qu'il existait au début de l'Empire allemand (1), n'a jamais été, à un moment quelconque, avant de devenir droit constitutionnel, droit international objectif. Certes le *motif* pour lequel la Confédération de l'Allemagne du Nord modifiait sa Constitution se rattachait d'une manière très étroite à des obligations de droit international. Par les traités de novembre 1870, elle était internationalement obligée d'admettre en son sein les Etats du Sud de l'Allemagne, et autorisée à exiger d'eux qu'ils y entrassent. Ce droit était subordonné à cette *condition* qu'elle modifiât sa Constitution ; la modification de la Constitution réalisait la condition, moyennant laquelle les Etats du Sud avaient promis leur entrée. Le futur droit constitutionnel a été ainsi, pendant quelque temps, « élément » de traités internationaux. Mais, dans le même sens que la Cons-

(1) Je fais provisoirement abstraction des *différentes* dispositions.

titution de la Confédération de l'Allemagne du Nord avait présenté ce caractère, avant son entrée en vigueur comme loi d'Etat. Elément, — en ce sens qu'on renvoyait à elle pour préciser davantage les droits et devoirs des contractants, notamment, le devoir d'entrer dans un Etat composé, dont la Constitution n'était formulée que d'une façon relativement précise. En ce qui concerne la rédaction de la Constitution par la loi du 16 avril 1871, je n'ai pas besoin ici de perdre mon temps. Sous aucun rapport, elle ne rentrait plus, en tant que telle, dans les obligations de droit international. Car les traités, qui avaient permis à la Confédération de l'Allemagne du Nord de modifier sa Constitution, étaient complètement exécutés au moment où la Confédération s'agrandissait en Empire (1).

## IV

Ce qui est impossible pour la Constitution, considéré dans son ensemble, ne l'est pas nécessairement pour les *différentes* dispositions qu'elle contient ou qui sont contenues dans d'autres lois d'Empire (2). Si la naissance de la Constitution, en tant que telle, ne constitue pas une réception du droit international, il peut se faire cependant que le droit international ait été admis dans quelques-unes de ses dispositions. Les développements qui précèdent, d'après lesquels on ne peut pas admettre une réception basée sur ce que la Constitution est créé « conformément aux traités », doivent naturellement s'appliquer ici. Aucune règle particulière de la Constitution ne peut être considérée comme du droit international reçu, parce qu'elle a été « élément » d'un des traités qui ont préparé l'entrée des Etats du Sud dans la Confédération de l'Allemagne du Nord (3). Le fait, que, par exemple, le deuxième paragraphe de l'art. 78 de la Constitution d'Empire existait déjà dans les accords acces-

(1) Exact, Laband, I (3), p. 45, 81. — Je remarque de nouveau que je n'ai ici en vue que la Constitution dans son ensemble.

(2) On sait que la matière que je traite actuellement est sursaturée de controverses. Il ne peut pas entrer dans le cadre de ce livre de s'arrêter à chacune de ces controverses. Je dois m'en tenir à l'indication de quelques-unes des principales opinions.

(3) Il ne pourrait s'agir que de cela ici. Car, lors de la *fondation* de la Confédération de l'Allemagne du Nord, des conventions particulières sur des points de détail ne sont pas passées dans la Constitution.

soires intervenus entre la Confédération de l'Allemagne du Nord et des Etats du Sud de l'Allemagne (1) et est passé de ceux-ci dans la Constitution lors de la rédaction définitive, ne permet pas, en soi et pour soi, qu'on considère ce paragraphe comme du droit international reçu. Tout ce qui a été dit au sujet du rapport qui existe entre la Constitution, prise dans son ensemble, et les traités constitutionnels subsiste ici pleinement. Il n'y a pas réception, parce que la disposition de la Constitution, *avant* d'entrer dans la Constitution, n'était pas règle du droit international, mais « élément » d'un « traité », dans le sens que nous venons de définir. Mais il se pourrait, que différentes règles du droit interne fédéral aient appartenu *autrement* à un ensemble de dispositions internationales avant d'entrer dans le droit fédéral.

Il suffit d'un coup d'œil jeté dans la Constitution de l'Empire, pour voir que certaines *dispositions* « *d'organisation* » se rapprochent beaucoup des normes correspondantes de l'ancienne Confédération Germanique. D'abord, l'organisation du *Bundesrath* rappelle extérieurement beaucoup, dans ses traits généraux comme dans ses détails, l'organisation de l'ancienne assemblée confédérale. Ici comme là, c'est un collège formé d'ambassadeurs des Etats-membres, munis d'instructions. Ici comme là, c'est dans l'assemblée plénière, un système d'attribution des voix, qui accorde à chaque Etat un nombre fixe de voix, mesuré d'après son importance politique dans l'Union, reconnaissant aux petits Etats une voix, aux plus grands, plusieurs voix, aux très grands beaucoup de voix. Même, les voix sont, à une exception près, réparties dans le *Bundesrath* d'après les mêmes chiffres que dans l'assemblée plénière du *Bundestag*. Chaque Etat a le même nombre de voix qu'autrefois ; on a ajouté à celles de la Prusse les voix qui appartenaient auparavant aux Etats qu'elle s'est incorporés en 1866 ; seule, la Bavière a été enrichie de deux voix. La Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord mentionnait même expressément le fait de l'accord des ambassadeurs (art. 6). De même, l'organisation des comités, la prépondérance accordée à la voix de la présidence au cas de partage (2), le droit, expressément reconnu à chaque membre

(1) V. les renseignements dans Hänel, *Studien*, I, p. 87, n. 13.
(2) Comp. la Constitution d'Empire, art. 7, § 3, avec l'Acte de Confédération,

de l'Union, de faire des propositions et de les développer, et le devoir correspondant de la présidence de les mettre en délibération (1) sont passés des institutions du droit confédéral dans celles du droit fédéral. S'agit-il ici d'une réception du droit confédéral, c'est-à-dire international, dans le droit fédéral ? Je pense que non. La concordance n'est qu'extérieure. Elle s'explique surtout parce que la tendance qui dominait au début, notamment dans l'Etat allemand qui dirigeait, était bien d'édifier un bâtiment neuf, mais en utilisant beaucoup les fondations du bâtiment qui s'était écroulé en 1866. On sait que par la suite on est allé bien au delà du but qu'on se proposait à l'origine (2). L'organisation de l'Empire est l'organisation d'un *Etat fédéral*, non point d'une association d'Etats. Par là le caractère des dispositions d'organisation s'est radicalement modifié. Non seulement en ce sens, qu'elles régissaient juridiquement autrefois une association, et qu'elles régissent juridiquement aujourd'hui un Etat; cela ne signifierait quelque chose que relativement à leur source, et par suite ne préjugerait point la question de leur réception éventuelle. Mais leur *contenu* est différent. Elles constituent, dans la Constitution d'Empire, les règles d'après lesquelles se mesurent les droits et les devoirs des membres *d'un Etat* de collaborer à la formation de la volonté commune *de l'Etat*; elles décident que les membres, investis en commun d'une puissance étatique, participent à la souveraineté (*Herrschaft*) de l'Etat, dans son élément le plus essentiel. Dans la Confédération, il n'y avait rien d'une souveraineté de l'ensemble sur les Etats qui le composaient ou leurs sujets ; la Confédération avait une « puissance sociale », non une puissance étatique. Pour s'en tenir à la catégorie des droits subjectifs, les normes du droit confédéral accordaient aux membres de la Confédération les droits que possèdent les sociétaires dans une *association*; les normes de la Constitution d'Empire donnent aux Etats-membres les droits que possèdent les membres dans une *corporation*. Il en est de même, pour ajouter cela de suite, des autres éléments de la Constitution d'Empire, qui présentent

art. 7, § 3 (droit de décision de la présidence au cas de partage des voix dans l' « assemblée réduite »).

(1) Comp. la Constitution d Empire, art. 7, § 2, avec l'Acte de Confédération, art. 5.

(2) V. notamment Hänel, *Studien*, II, p. 9 sq.

un caractère « fédératif », par exemple, le fait que les finances de l'Empire sont en partie basées sur les contributions matriculaires des Etats particuliers, l'application du système des contingents dans l'organisation de l'armée de l'Empire. C'est encore ici un transfert extérieur d'institutions confédérales ; on s'aperçoit que leur contenu est modifié, dès lors qu'on entreprend de les décomposer en rapports juridiques particuliers.

Nous nous demandons en outre : l'Empire a-t-il, dans les endroits de sa législation, où, abstraction faite de ces normes d'organisation, il a réglé certains rapports juridiques entre lui et les Etats-membres, reçu des règles du droit international ?

Cette question ne se confond pas avec celle de savoir, s'il est possible que le *droit international* soit *appliqué* dans les rapports entre l'Empire et les Etats particuliers, — non point un droit interne recevant du droit international, mais un *pur* droit international. A cette question, on doit dès l'abord absolument et sans exception répondre par la *négative*.

Le droit international ne peut exister qu'entre Etats *coordonnés*. Seules les relations de ces Etats peuvent faire l'objet d'une réglementation internationale. Par suite, tout rapport entre deux collectivités, dont l'une commande et l'autre obéit, est exclu de la sphère des rapports régis par des règles internationales. Aussitôt que plusieurs Etats, qui étaient jusqu'alors membres égaux d'une société internationale, cessent d'être juxtaposés, pour établir, peu importe comment, une domination de l'un sur les autres, toutes les règles du droit international, générales ou particulières, qui leur étaient applicables, disparaissent *en tant que telles*, du même coup : il en a été ainsi, par suite de l'entrée des Etats de l'Allemagne du Sud dans la Confédération de l'Allemagne du Nord. Il en est de même, dans le cas où des Etats coordonnés créent, par leur réunion en un Etat fédéral, une puissance étatique nouvelle qui désormais les domine : toute formation d'un pur droit international est, dès l'abord, exclue de leurs relations avec l'Etat supérieur. Cela ne change rien, quand, comme dans l'Empire allemand, l'autorité fédérale ne s'exerce pas sur l'Etat subordonné en toutes les matières, quand, par suite d'un partage des compétences entre elle et lui sur certains points, elle lui abandonne une autorité qui ne peut pas être réduite sans une modification de la Constitution et qui est affranchie de tout contrôle de la part

d'une autorité supérieure. Certes, *dans la mesure* où cette liberté subsiste, et tant qu'elle subsiste, l'Etat-membre n'est point subordonné à l'Etat fédéral ; il lui est, si l'on veut, juxtaposé. La disposition finale de la Constitution d'Empire a même accordé à l'Etat particulier sur certains points une si forte garantie contre un déplacement des sphères de compétence à son détriment et contre sa volonté (1), qu'on y a vu, non sans raison, une anomalie par rapport au principe *fédéral*, qui est par ailleurs appliqué dans la Constitution dans une proportion *relativement* juste ; on y a vu un élément « fédéralistique » (2). Malgré tout cependant, cette dérogation, comme toutes les dérogations qui sont apportées au rapport de subordination existant d'une façon générale entre l'Etat fédéral et l'Etat-membre, ne repose que sur la *Constitution de l'Etat fédéral*, et c'est *sa* volonté qui, en dernière analyse, décide, dans les cas concrets, quand il s'agit d'exproprier l'Etat-membre, serait-ce même des droits de souveraineté « réservés » (3) Certes, il existe une « *juxtaposition* » de l'Etat fédéral et de l'Etat-membre en vertu de la réglementation constitutionnelle générale ou particulière des compétences ; il peut aussi y avoir entre eux des *traités* et des *Vereinbarungen* ; et peu importe d'ailleurs si les accords, à la conclusion desquels donnent lieu les besoins des deux organismes administratifs particuliers, sont de droit privé ou de droit public (4). La Constitution elle-même, en certains endroits, a prévu des « traités » de ce genre (5). Mais les arrangements de cette sorte

(1) Constitution d'Empire, art. 78, § 2 : « Les dispositions de la Constitution d'Empire, qui établissent des droits pour les Etats particuliers dans leurs rapports avec l'ensemble de l'Etat, ne peuvent être modifiées qu'avec l'assentiment de l'Etat particulier intéressé. »

(2) Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht*, II, Leipzig, 1886, p. 17 ; Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, p. 106, etc...

(3) L'« assentiment » (*Zustimmung*) de l'Etat particulier, dont parle l'article 78, § 2, ou la « demande » (*Antrag*) des villes hanséatiques, dont parle l'art. 34 de la Constitution d'Empire, ne sont pas des éléments d'un *traité* entre l'Empire et l'Etat-membre.

(4) Comp. Hänel, *Studien*, I, p. 263 ; Pröbst, *Annalen des deutschen Reichs*, 1882, p. 259. — v. Sarwey, *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, II, Tübingen, 1883, p. 90, n. 8, proteste contre l'opinion, d'après laquelle, entre l'Empire et l'Etat-membre, il pourrait être conclu des accords autres que des contrats de droit privé ; c'est incompréhensible, en présence de faits qui sont notoires.

(5) Art. 50, § 6, et art. 66, § 1. Je ne peux pas entrer dans la discussion des questions qui se rattachent à ces dispositions.

ne touchent en rien à « une compétence quelconque de l'Empire et de ses organes » (1) ; ils ne sortent point du cadre de l'*union étatique* qui existe entre l'Empire et l'Etat-membre, de sorte qu'on devrait les considérer non point comme des accords entre l'Etat qui commande et celui qui est commandé, mais comme des traités *de droit international* (2). Ils ne sont pas plus des traités que ne le sont des contrats passés entre l'Etat unitaire et ses sujets ou ses communes, dans les matières où, par suite des limitations constitutionnelles de compétence, au lieu de pouvoir commander, il doit se procurer les prestations de ses subordonnés par la voie d'un libre accord. Ni pour des contrats, ni pour des rapports quelconques entre la puissance d'Empire et la puissance de l'Etat-membre, n'intervient le *droit international*, et ne peut se former un nouveau droit international (3).

La doctrine a hésité au début ; mais tout ceci est généralement admis aujourd'hui, du moins par l'opinion *dominante*. On ne se sent conduit à admettre une exception à la règle que sur un point. Le motif en réside encore dans l'histoire des origines de la Constitution d'Empire. La loi concernant la Constitution de l'Empire Allemand du 16 avril 1871, connue sous le nom de loi de publication, dispose dans son § 1er, que la Constitution *se substituera* aux traités constitutionnels conclus en novembre 1870 avec les Etats de l'Allemagne du Sud ; elle déclare expressément cependant, dans son § 3, que les *Vereinbarungen*, comprises dans différents traités accessoires (*Nebenverträge*) qu'elle énumère, ainsi qu'une disposition particulière du traité principal avec la Bavière « *ne sont pas touchées* par cette loi » (4). Avec une rare unanimité, on conclut

(1) Hänel, *loc. cit.*

(2) Inexact, Prestele, *Die Lehre vom Abschlusse völkerrechtlicher Verträge durch das Reich und die Einzelstaaten* (Thèse) Munich, 1882, p. 29 sq.

(3) Le contraire est soutenu par Heinze, *Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches f. den Nordd. Bund.*, Leipzig, 1870, p. 57 (le renvoi à l'art. 10 de la Constitution confédérale est complètement erroné, ainsi qu'on va le voir) ; Jellinek, *System*, p. 290. Non sans hésiter, v Held, *Die Verfassung d. deutsch. Reichs*, Leipzig, 1872, p. 3 sq. (sous le n° 4).

(4) Ce sont le protocole entre la Confédération de l'Allemagne du Nord, Bade et Hesse, du 15 novembre 1870 (*B. G. Bl.*, p. 650), la négociation entre ces trois Etats et le Württemberg du 25 novembre 1870 (*Id.*, p. 657), le protocole final entre la Confédération et la Bavière du 23 novembre 1870

de là que le contenu de ces traités, dans la mesure où, depuis lors, il n'est pas devenu sans objet, se juxtapose au *droit constitutionnel* de l'Empire et, malgré l'union fédérale des Etats allemands, laisse subsister des *rapports basés sur des traités* entre l'Empire et les Etats-membres dont il s'agit (1). Et ces rapports devraient être considérés comme des rapports *de droit international*. Peu importe que le contenu de ces « traités » consiste en règles de droit ou en véritables contrats ou en l'un et l'autre ; les traités, en tant que tels, devraient être jugés d'après les principes généraux du droit international. On n'exprime pas généralement ceci sur cette forme (2), on soutient même le contraire ; cette proposition est cependant une conséquence inévitable de l'idée, d'après laquelle il s'agit ici, même après la fondation de l'Empire, de rapports entre Etats simplement coordonnés ; d'après laquelle les traités agissent encore aujourd'hui « dans leur *forme* et leur *validité* originaires » ; d'après laquelle leur contenu n'a pas « été *formellement séparé* du fondement juridique sur lequel a été *originairement* basée leur élaboration » (3). Car, au contraire des traités ci-dessus mentionnés, et qui sont conclus entre l'Empire et l'Etat-membre, mais alors que l'Empire existe, ces arrangements ont eu d'abord et sans aucun doute un caractère international. Si donc ce sont de véritables rapports *juridiques* qui naissent de ces traités, et si ces rapports juridiques n'ont pas été touchés par la fondation de l'Empire et la rédaction de la Constitution, je ne

(*Id.*, 1871, p. 23), et l'article IV du traité entre les mêmes, du même jour (*Id.*, 1871, p. 9). — D'après Hänel, *Studien*, I, p. 115 sq., *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 58 sq., on devrait ajouter la convention militaire avec le Würtemberg du 21-25 novembre 1870, ainsi que le protocole final (*Id.*, p. 658). Je crois, conformément à l'opinion dominante, que l'avis de Hänel est contredit par la référence au chap. XI, contenue dans la disposition finale de la Constitution d'Empire. Comp. Laband, II, p. 509 ; Zorn, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, I. 2° édit., 1895, p. 122, n. 31 ; v. Seydel, *Commentar*, p. 380 ; Brockhaus, *Das deutsche Heer und die Contingente der Einzelstaaten*, Leipzig, 1888, p. 166 ; Tepelmann, *Die rechtliche Natur der Militärconventionen* (Thèse Göttingen), Hanovre, 1891, p. 6 sq.

(1) V. Hänel, *Studien*, I, p. 88 sq., 228 sq. ; *Staatsrecht*, I, p. 58 sq., 244, etc. ; E. Loening, *Annalen des deutschen Reichs*, 1875, p. 346 sq. ; Laband, I, p. 46 ; v. Roenne, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 2° édit., II, 1, Leipzig, 1877, p. 47 sq. ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 120 ; Brockhaus, *op. cit.*, p. 132 sq. ; Bornhak, *Archiv f. öff. Recht*, VII, p. 359 sq., n. 10, etc...

(2) Elle se rencontre néanmoins, par exemple dans v. Holtzendorff, H. H., II, p. 146, et dans Rivier, *Lehrbuch*, p. 108 sq.

(3) Hänel, *Studien*, I, p. 89, 228.

connais aucun droit, d'après lequel ils puissent encore aujourd'hui être régis, autre que le droit international. Et quand Hänel, très conséquent avec son point de départ, considère comme une *violation du droit*, la confection d'une loi d'Empire qui supprimerait les droits réservés reposant sur les *Nebenverträge*, alors que ces traités devraient être rapportés par un nouveau traité (1), on ne peut pas concevoir, si le mot « droit » a ici le sens de droit *positif*, de quel droit cette loi serait la violation, si ce n'est du droit international ; cette loi d'Empire empiétant sur les droits réservés par traités aux Etats particuliers, aurait la double qualité d'être une loi valable dans sa forme (2), mais contraire au droit international (3). Les partisans de cette opinion sont finalement obligés de conclure qu'il s'agit, dans les rapports en question, de rapports de droit international ; pour échapper à cette conclusion, ils ne peuvent pas alléguer que jamais ce ne sera par les moyens et dans les formes du droit international que seront tranchées les difficultés qui s'élèveront entre l'Empire et l'Etat-membre (4) ; abstraction faite en effet de ce que, dans le domaine du droit international aussi, le mode ordinaire de solution des conflits peut être exceptionnellement exclu en vertu de *Vereinbarungen* particulières (par exemple, dans la Confédération d'Etats), il ne s'agit dans cet argument que de la *conservation* des droits interétatiques, non point de leur *création* et du *fondement de leur validité*.

Or, il me paraît certain que la validité de ces dispositions « conformes aux traités » ne repose point sur le droit international en général, ni, en particulier, sur des traités. Les traités, protocoles, etc... dont il s'agit, exactement comme toutes les autres *Vereinbarungen* de l'année 1870, qui avaient pour but de faire entrer les Etats de l'Allemagne du Sud dans la Confédération de l'Allemagne du Nord, ont été acceptés par le *Bundesrath* et soumis ensuite au *Reichstag* de l'Allemagne du Nord, pour y recevoir, conformément à la Constitution, leur consécration définitive ; après que cette dernière leur eût été donnée, ils ont été publiés, sous la forme habituelle, dans le journal officiel de la Confédération. Par là, leur contenu est devenu *droit étatique*,

(1) *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 818 ; de même, Loening, *op. cit.*, p. 352.
(2) Hänel, *Staatsrecht*, I, p. 818.
(3) V. ci-dessous, § 10, I.
(4) Hänel, *Studien*, I, p. 249 sq. ; comp., p. 240.

exactement dans la même mesure et dans le même sens qu'en général le contenu d'un traité international est transformé en droit interne. On n'aperçoit point pourquoi les dispositions des traités principaux (*Hauptverträge*), dans la mesure où elles concernaient la Constitution de l'Empire allemand, sont devenues, à partir du 1er janvier 1871, droit fédéral par suite de ce qu'elles ont été discutées par les facteurs législatifs de la Confédération de l'Allemagne du Nord, — ceci est presque unanimement admis, — et pourquoi au contraire les traités accessoires (*Nebenverträge*), bien qu'ils aient été semblablement discutés sont restés ce qu'ils étaient, à savoir des traités. Certes, ils ne sont pas, au fond, passés dans l'instrument constitutionnel, comme les traités principaux. Tandis que la loi de publication établissait l'instrument constitutionnel *à la place* de ces derniers, elle laissait explicitement *intactes* les tractations accessoires. C'est certain : elle ne voulait rien changer, d'après les explications non équivoques qu'elle donne, au *fondement* sur lequel reposait la validité de ces dispositions spéciales. Mais ce fondement était déjà, depuis le 1er janvier 1871, non plus le traité, mais la *loi*. La loi de publication les laissait en dehors de l'*acte* constitutionnel nouvellement rédigé, mais non point en dehors de la Constitution. Pourquoi, disent très clairement les motifs : parce qu'il s'agissait, dans ces dispositions, de règles ayant un « caractère en partie transitoire, en partie explicatif, en partie administratif ». Elles constituent ainsi, à côté de l'instrument constitutionnel, des éléments, ayant force de loi, du « droit constitutionnel », en ce sens large du mot, qui comprend toutes les normes qui régissent les rapports de droit public entre un Etat et ses membres, ou entre ces membres eux-mêmes (1).

(1) Il est surprenant qu'on ait presque complètement perdu de vue, pour notre question, le fait que les traités principaux et accessoires ont été traités par le législateur d'une façon absolument semblable ; c'est de là que sort l'erreur que l'on combat ci-dessus au texte. Seul, Kittel, *Die bayerischen Reservatrechte*, Würzburg, p. 20 sq., adopte l'opinion qui me paraît exacte, mais il lui donne le fondement erroné suivant : « Parce que les traités de novembre 1870 reçurent, d'après leurs propres dispositions, leur couronnement au 1er janvier 1871, ils devinrent, à partir de ce moment, une loi matérielle. » — Hänel, semble-t-il, se rapproche de l'opinion que je soutiens, quand il considère que les garanties en question, fournies par l'Empire aux Etats-membres, entrèrent en vigueur « parce qu'elles furent reconnues législativement, reconnaissance qui intervint au même moment et dans la même forme que l'acceptation de

Si on examine de plus près ces traités, on s'aperçoit qu'ils ne contiennent pas une seule règle, dont le contenu ne puisse être considéré comme contenu de droit objectif d Empire (1), — en admettant bien entendu qu'on tient compte du changement de *forme*, qui est nécessaire partout où, en présence d'un traité qui doit donner naissance à du droit interne, la pratique se contente d'en publier simplement le texte, au lieu d'en traduire les dispositions en dispositions législatives. Cela ne fait pas de doute pour les prescriptions qui ont fixé la date de la Constitution comme point de départ de l'efficacité de toutes ou de quelques unes de leurs dispositions (2), ou qui ont interdit l'application de certaines lois fédérales à l'Allemagne du Sud, ou qui ont fait dépendre cette application d'une modification préalable (3). Il n'y a pas davantage de doute pour les clauses qui ont eu pour but d'expliquer ou de préciser certaines règles de la Constitution (4). Ce sont des interprétations authentiques de l'acte constitutionnel, et, par suite, elles ne doivent être considérées, d'après leur nature, que comme contenu d'une loi. Hänel le reconnaît (5), mais cela est en complète contradiction avec sa théorie générale, et c'est absolument incompatible avec l'opinion d'après laquelle ces dispositions spéciales ont la valeur de traités (6). Mais ce qu'on vient de dire s'applique aussi à la garantie contenue dans les protocoles,

la Constitution, et qui fut confirmée par la loi d'Empire du 16 avril 1871 », et quand il considère les droits nés de ces garanties comme des droits individuels acquis « *dans la sphère du droit constitutionnel allemand* », bien que fondés sur des traités (*Studien*, I, p. 249 ; comp. aussi *Staatsrecht*, I, p. 818). Mais ces explications me paraissent en contradiction avec ses développements fondamentaux. G. Meyer, *Lehrbuch des Staatsrechts* (4), p. 188, appelle aussi les protocoles de clôture « sources du droit public de l'Empire » (comp. p. 168, 169) au même titre que les autres traités internationaux, dont le contenu est devenu « contenu d'une loi » par suite de leur publication. Cela concorderait avec mon opinion. Cependant, les remarques de la p. 517 ne s'accordent pas absolument avec ceci.

(1) Je laisse de côté les dispositions qui sont passées des *Nebenverträge* dans l'acte constitutionnel lui-même ; pour ces dispositions, aucun doute n'est possible. V. en outre Hänel, *Studien*, I, p. 227 sq.

(2) V. l'énumération dans Hänel, *Studien*, I, p 225, n. 1. A ce point de vue, la disposition du § 3 de la loi de publication correspond complètement à la disposition du § 2, relative à différentes lois d'Empire.

(3) Hänel, *Studien*, I, p. 226, n. 3 et 4.

(4) *Id.*, p. 227, n. 7, 228 sq.

(5) *Id.*, p. 234 sq., *Staatsrecht*, I, p. 59.

(6) Kittel, *op. cit.*, p. 21, le remarque justement.

d'après laquelle les Etats du Sud jouissent d'immunités particulières, non mentionnées dans la Constitution, vis-à-vis de la compétence fédérale ; cela s'applique aussi à la modification de certaines règles constitutionnelles (1). Je n'admets même pas d'exception pour les dispositions relatives aux places fortes bavaroises du protocole final, XIV, § 1-3. Ce ne sont que des suppléments aux exemptions concernant l'armée bavaroise contenues sous le chiffre III, § 5, du traité d'alliance ; elles renvoient expressément à ces exemptions (« en considération des dispositions du chiffre III, § 5 ») et si *ces* dispositions, comme l'admet la théorie que nous combattons ici, doivent être considérées comme droit constitutionnel, par suite du renvoi de la « disposition finale » du chapitre XI de la Constitution d'Empire, il n'y a aucun motif pour refuser aux *premières* le caractère de droit législatif. On ne peut pas, pour soutenir le contraire, s'appuyer sur ce que les droits et les devoirs de l'Empire et de la Bavière, qui prennent leur base ici, ne peuvent être, à cause du maintien de la souveraineté militaire bavaroise, ni déduits du droit d'Empire applicable à la Bavière, ni réglés législativement par l'Empire (2). Certes, après la confection de la Constitution d'Empire, ils n'auraient pas pu être créés unilatéralement par une loi d'Empire, sans une modification de la Constitution. Mais rien ne s'opposait à ce qu'on les créât, à titre de modifications des normes constitutionnelles générales qui instituaient le privilège militaire de la Bavière, et en même temps que ces normes. Enfin, rien ne nous empêche de considérer les deux *Vereinbarungen* qui restent, relatives à l'augmentation des membres du tribunal supérieur de commerce (*Oberhandelsgericht*) et à la participation de la Bavière à la préparation du code de procédure civile (3), exactement comme les autres dispositions des traités On doit les considérer sans difficulté — en les dépouillant, bien entendu, de la forme de la « garantie », etc...— comme contenu d'une loi d'Empire. Ne pouvant pas être introduites dans l'acte constitutionnel à cause de leur « caractère transitoire et administratif », elles sont restées en vigueur, conformément au § 3 de la loi de publication, dans leur forme antérieure ; mais cette forme était

(1) Hänel, *Studien*, I, p. 226, n. 6, 232 sq.
(2) *Id.*, p. 232.
(3) Hänel, *Studien*, I, p. 226, n. 2 et 5.

chez elles, comme chez les autres, celle de la loi, et non point celle du traité. Il résulte *ipso facto* de ce qui vient d'être dit, d'une part, qu'on peut admettre que toutes ces dispositions, dans la mesure où elles ne sont pas encore devenues sans objet, peuvent être abrogées au moyen d'une *loi* ; quand beaucoup des écrivains que nous combattons nous concèdent cela (1), ils ne me paraissent pas conséquents avec leur raisonnement. D'un autre côté, on doit conclure de nos prémisses, que les protocoles de clôture ne peuvent pas être annulés par un *traité* (2). Et ainsi se trouve démontré ce qu'il fallait prouver, à savoir qu'il n'existe pas entre l'Empire et ses Etats, à côté et en dehors de la sphère du droit constitutionnel, c'est-à-dire étatique, des rapports « conformes aux traités » sur les points où, d'après l'opinion habituellement admise, il doit encore aujourd'hui en subsister. Mais ainsi, se trouve démontré, conformément à ce qui a été dit plus haut, qu'il est impossible que des rapports de *droit international* existent en Allemagne entre l'Etat fédéral et l'Etat-membre (3).

Par là aussi se trouve déjà solutionnée la *seconde question* soulevée plus haut. Si, entre l'Empire et l'Etat-membre il est impossible d'appliquer le droit international, par suite de ce que leurs rapports sont des rapports de subordination, on ne peut pas concevoir que l'Empire ait *reçu* des règles du droit international dans la partie de son droit interne, qui réglemente ses propres rapports avec les Etats particuliers. Cette opinion ne pourrait être admise qu'à la condition que les règles du droit international ne soient pas, malgré la réception, atteintes dans leur essence, laquelle consiste à régler des rapports entre Etats coordonnés ; — et c'est impossible. Ainsi,

(1) Laband, I, p. 108 ; Proebst, *op. cit.*, p. 263. — G. Meyer, *Staatsrecht*, qui accorde que ces dispositions peuvent être abrogées législativement, se montre ainsi logique, si du moins il accepte l'opinion que je soutiens ; v. ci-dessus, p. 188, n. 1.

(2) L'opinion exactement opposée est admise par Hänel, *Studien*, I, p. 236 sq. ; *Staatsrecht*, I, p. 812, 818 ; Loening, *op. cit.*, p. 347, 352 ; v. Roenne, *op. cit.*, p. 48 ; Zorn, *op. cit.*, I, p. 125, et ils ont raison, étant donné leur point de vue. Je n'ai naturellement pas encore résolu, par ce qui est dit au texte, la question de savoir dans quelle mesure l'art. 78, § 2, de la Constitution d'Empire doit être appliqué aux protocoles de clôture. Je ne dois pas la traiter ici.

(3) Il en est de même pour les autres Etats fédéraux. On doit réfuter de la même façon les opinions divergentes, à l'égard notamment de la Confédération suisse (Dubs, *Oeff. Recht d. Schweizerischen Eidgenossenschaft*, II, Zurich, 1878, p. 28 sq).

partout où l'Empire, sur les points en question, utilise dans sa législation des règles du droit international, il ne peut s'agir que d'une introduction *extérieure*, textuelle, qui transforme de façon complète le caractère de la règle appliquée.

La Constitution elle-même a utilisé de cette façon, en plusieurs endroits, d'anciennes dispositions internationales.

Elle a d'abord, partiellement, utilisé les *Vereinbarungen* spéciales que la Confédération de l'Allemagne du Nord avait passées, avant son élévation au rang d'Empire, avec les Etats de l'Allemagne du Sud. Rentre dans cette catégorie, le renvoi que fait l'art. 52 de la Constitution d'Empire à l'art. 49 de la convention postale intervenue entre la Confédération de l'Allemagne du Nord, d'un côté, la Bavière, le Württemberg et Bade de l'autre, le 23 novembre 1867 (1), en ce qui concerne la réglementation du trafic postal et télégraphique de la Bavière et du Württemberg avec les Etats voisins non allemands (2).

La Constitution a en outre appliqué des normes rentrant dans le droit d'association (*vereinsrechtliche Normen*) et nées des rapports de confédération qui s'étaient formés entre les Etats allemands avant la fondation de la Confédération et de l'Empire. Ainsi la décision confédérale du 18 août 1836 a servi de modèle à l'art. 74 de la Constitution de la Confédération et de la Constitution de l'Empire, relatif à la répression des attaques dirigées contre l'Etat central et ses organes (3). L'art. 77, qui a pour but de parer aux dénis de justice dans les Etats-membres, est une reproduction presque textuelle de la disposition de l'art. 29 de l'acte final de Vienne (4). L'art. 76, § 2

(1) *B. G. Bl.*, 1868, p. 41.

(2) Pour plus de détails, v. Hänel, *Studien*, I, p. 109 sq. — Pour éviter tout malentendu, je répète encore que, quand la Constitution d'Empire ou des lois d'empire ultérieures renvoient aux *traités constitutionnels* de l'année 1870, par exemple au chiffre III, § 5, du traité d'alliance bavarois, il s'agit de tout autre chose. Les traités constitutionnels n'ont nullement créé, en tant que tels, des règles du droit international ; et par là déjà une réception était impossible. Mais la convention postale de 1867 fondait du droit international ; le renvoi à l'art. 49 ne signifie pas néanmoins, et pour les motifs expliqués au texte, une réception du droit international.

(3) V. Meyer und Zoepfl, *Corpus juris Confederationis Germanicae*, II, 3e édit., Francfort, 1859, p. 347. Comp. Knitschky, *Das Verbrechen des Hochverraths*. Jena. 1874, p. 125 sq ; Laband, I, p. 129 ; v. Seydel, *Commentar*, p. 403 ; Heinze, *op. cit.*, p. 53. — Il sera question ailleurs d'une controverse qui se rattache à ceci.

(4) Voir notamment Hänel, *Staatsrecht*, I, p. 737 sq.

(aplanissement et arrangement des conflits constitutionnels dans les Etats particuliers) repose sur des dispositions semblables de la même loi confédérale (art. 60, rapproché de l'art. 56) (1). Par le simple renvoi de l'art. 40 aux normes du *Zollverein*, une importante partie des institutions du *Zollverein*, dans la mesure du moins — ce qui seulement nous intéresse pour le moment — où elles avaient trait aux rapports des Etats associés avec le *Verein*, a été déclarée applicable désormais aux rapports analogues entre les Etats-membres et l'Etat fédéral (2).

Mais tous ces éléments du droit d'association n'ont fourni que la matière *extérieure*, dont l'Empire avait besoin pour former ses prescriptions législatives. Aucune des règles du droit international dont il est question ici, ne pouvait, sans une modification radicale de son contenu, devenir élément du droit de l'Empire. Je ne veux ici accorder aucune valeur à ce fait que, pour quelques-unes de ces règles, leur acceptation dans le droit d'Empire a eu pour conséquence l'apparition *concomitante* de droits et de devoirs, qui mettaient en rapports directs l'Empire et les citoyens, ou ceux-ci et les Etats-membres (par exemple, l'art. 74 de la Constitution d'Empire) — produisant ainsi des effets qu'une norme du droit international n'aurait d'elle-même jamais pu produire. Abstraction faite de cela, ces règles juridiques de la Confédération et du *Zollverein* ne fondaient jamais que des droits et des devoirs des Etats *entre eux* — car, d'après la nature de ces deux unions d'Etats, qui étaient des sociétés internationales, les rapports de l'association avec ses membres apparaissaient toujours sous forme de rapports entre un membre de l'association et les autres membres de l'association. Mais dans le cadre de la Constitution fédérale, les règles en question régissent toujours et exclusivement les rapports d'une *corporation souveraine* avec ses membres, qu'elles aient pour effet des limitations de compétence, des droits ou des devoirs subjectifs de l'Etat fédéral ou de l'Etat-membre. Cela seul suffit pour éliminer le concept de réception, au sens que nous donnons à ce mot (3).

(1) *Ibid.*, p. 572 sq.

(2) Comp. notamment Hänel, *Studien*, I, p. 120 sq.; *Staatsrecht*, I, p. 55 sq., 390; Delbrück, *Der Artikel 40 der Reichsverfassung*, Berlin, 1880, p. 4; Laband, II, p. 851.

(3) La question de savoir si l'art. 19 de la Constitution d'Empire, concernant

Il en est de même enfin en ce qui concerne les règles *générales* du droit international. On serait peut-être enclin à voir une réception de ces règles par l'Empire dans les matières où il a lui-même envisagé la conclusion de *traités* entre lui et les Etats particuliers (v. ci-dessus, p. 184) ; on pourrait dire que l'Empire a introduit dans le droit d'Empire, pour ces traités, les règles ordinaires du droit international relatives à la conclusion des traités, etc... Sans aucun doute, une réception expresse n'a pas eu lieu ; il ne pourrait s'agir que d'une réception implicite. Mais on doit rejeter cette opinion pour les motifs

l'*exécution fédérale*, a accepté les normes du droit confédéral relatives à l'exécution confédérale, est résolue par le seul fait que le droit de l'Empire, alors que les prescriptions confédérales étaient détaillées (Acte final, art. 31 sq.; règlement sur l'exécution du 3 août 1820, dans Meyer et Zoepfl, *op. cit.*, II, p. 113 sq.), n'a pas prévu d'autres dispositions que celles qui établissent le principe du droit d'exécution, et qui indiquent les organes qui décident et exécutent. Certes, l'art. 19 de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord était un peu plus précis. Mais, d'ailleurs, il y a entre l'exécution confédérale et l'exécution par l'Empire une différence essentielle, fondée sur la nature différente des droits à exercer et sur la qualité des parties. Celles-ci sont, dans la Confédération d'Etats, des Etats souverains, égaux ; car l'exécution par la « Confédération » contre les membres de la Confédération est toujours l'exécution de la majorité des associés contre la minorité. C'est pourquoi, malgré toutes les limitations apportées par le droit confédéral à l'exercice de la force, cette exécution est, à la rigueur, toujours une *guerre* entre Etats souverains ; ce n'est pas seulement par la rupture du lien confédéral, en tant que tel, qu'elle devient guerre (dans ce sens, Jellinek, *Staatenverbindungen*, p. 310 ; *System*, p. 296). Au contraire, il ne peut pas, par définition, y avoir guerre entre l'Etat fédéral et l'Etat-membre. L'exécution est simplement ici un moyen de contrainte du droit interne, bien qu'extérieurement exercé suivant la forme de la guerre internationale (en ce sens, Jellinek, *loc. cit.* ; comp. O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, Leipzig, 1896, p. 466 : en *fait*, l'exécution fédérale « n'est guère différente de ce qu'est l'exécution confédérale dans la Confédération d'Etats »). — Je ne veux toucher qu'en passant à la question classique de savoir si les règles *générales* du droit international relativement à la guerre doivent être appliquées à l'exécution par l'Empire. Dans notre raisonnement, cette question devrait être ainsi formulée : l'Empire a-t-il reçu tacitement les règles qui concernent l'exécution ? On doit sans aucun doute répondre par la négative. Puisque, en effet, d'après ce qui vient d'être dit, l'Empire ne peut pas considérer l'exécution comme une véritable guerre, il ne pourrait pas, sans se contredire, élever ces normes au rang de loi. Une autre question consiste à se demander si, dans ce cas, l'Empire traiterait l'Etat-membre comme on traite un ennemi avec qui on est en guerre ; on peut se demander aussi — c'est encore une autre question — si, dans une telle occurrence, les rapports des Etats tiers avec les deux premiers devraient être jugés d'après le droit international. L'histoire de la guerre de Sécession nord-américaine offre d'intéressants exemples dans ces deux directions.

que nous avons développés. Pour la conclusion de traités de cette sorte, l'Empire et l'Etat-membre peuvent bien emprunter les *formes extérieures* des relations internationales : une acceptation de *règles juridiques* internationales est impossible.

En même temps se trouve solutionnée une autre question, qui, certes, n'appartient pas étroitement à ce paragraphe, mais qui cependant, pour éviter une répétition, peut être déjà tranchée ici. Y a-t-il réception de normes internationales, quand un Etat règle, dans son système juridique, ses propres rapports avec des Etats étrangers non subordonnés, de telle manière que ses normes se trouvent concorder avec des règles existantes du droit international, qu'il s'agisse de règles générales ou de règles basées sur des *Vereinbarungen* spéciales ? La réponse est : non. Elle résulte *ipso facto* de ce qui a été expliqué ci-dessus, au sujet de l'opposition qui existe entre les rapports régis par le droit interne et ceux qui sont régis par le droit international (v. p. 11 sq.). Même quand l'Etat réglemente dans sa législation interne les rapports dont il s'agit en adoptant la forme commode qui consiste à publier simplement une *Vereinbarung* internationale contenant des règles de droit international, il ne convertit pas sans modification ces règles juridiques en éléments du droit interne. Car, dans le domaine de ce droit, il s'affirme, vis-à-vis de l'Etat étranger, comme une autorité supérieure, et, en ce sens, comme souverain. La publication a une signification différente, que, pour ce motif, nous examinerons dans une autre partie de ce livre.

## V

Il ne reste plus ainsi à examiner que la question suivante : l'Empire a-t-il utilisé des règles du droit international, quand il a législativement réglé les *rapports réciproques des Etats-membres* ?

Ici encore, une question préliminaire se présente : c'est celle de savoir si les relations réciproques des Etats particuliers allemands sont régis non seulement par le droit d'Empire mais aussi par le *droit international* ; si, en cette matière, des règles de *pur* droit international sont encore en vigueur, qu'on devrait soigneusement distinguer des règles du droit d'Empire, *empruntées* au droit international. Au contraire de ce qu'on a

fait pour la question posée ci-dessus des rapports entre l'Empire et l'Etat-membre, on doit répondre à cette question par l'affirmative.

Les normes que j'ai en vue devraient être surtout mentionnées à propos de la question souvent traitée, de savoir si et dans quelle mesure les Etats-membres ont conservé le droit de conclure des traités entre eux ou avec les Etats étrangers. Cependant, on se contente habituellement d'étudier la question de compétence en droit interne ; ce n'est que rarement qu'on examine les règles qui régissent ces conclusions de traités et qu'on les désigne sous leur véritable nom. Du reste, la conclusion des traités ne forme qu'une partie (bien qu'une très importante partie) de la question qui se pose ici.

Mais partons d'abord de ce point, et laissons de côté les rapports des Etats-membres avec les Etats non allemands, qui ne nous intéressent pas ici (1).

On reconnaît généralement que les Etats particuliers allemands possèdent le droit de conclure des traités exactement dans la mesure où ils sont compétents, au-dessous et à côté de l'Empire, pour exercer leur puissance étatique dans la législation et l'exécution. Il ne leur est point possible de conclure des accords entre eux dans les matières où l'Empire possède exclusivement la compétence législative et exécutive, ni dans les matières où la puissance législative de l'Empire est « facultative »,dès que et dans la mesure où l'Empire a fait usage de son droit de régler législativement un certain domaine. Ils sont capables de conclure des traités, partout où cette compétence manque à l'Empire, et en outre dans les matières où la législation de l'Empire et celle de l'Etat-membre s'exercent concurremment, tant que l'Empire s'est abstenu de toute réglementation et dans la mesure même de son abstention. Ils ont enfin la même capacité dans les matières où la compétence législative leur a été enlevée dès le début ou par le fait que l'Empire les a réglementées législativement, mais où la compétence pour l'exécution leur a été laissée sous la surveillance de l'Empire ; il leur est permis de s'entendre avec d'autres Etats-membres sur l'exercice de ce droit d'exécution (2).

(1) V. ci-dessous, § 9, II ; § 11, I, etc...
(2) Traités ayant pour but la création de tribunaux communs, etc.

Mais la question se pose immédiatement de savoir quelles normes vont régir ces traités, quelles règles seront appliquées pour la conclusion, la légitimation des organes compétents des Etats, la date d'entrée en vigueur (signature ou ratification), l'interprétation. Puisque le droit d'Empire n'a évidemment édicté ici aucune règle — car il reste étranger aux matières en question —, il n'y a pas de doute que ce sont les règles généralement reconnues du droit international qui sont ici décisives (1). Il en est de même — ce qu'on a peu remarqué — non seulement pour ces rapports, mais pour *tous* les rapports des Etats-membres entre eux, qui ne rentrent pas dans la compétence de l'Empire, bien que leur nombre ne soit pas très considérable. Puisque, par exemple, il est, après comme avant, possible aux Etats de nouer entre eux des relations diplomatiques par l'envoi et la réception d'ambassadeurs (2), les règles générales du droit international d'ambassade sont ici en vigueur, à condition du moins que l'Empire n'ait pas édicté de dispositions —, ce qu'il n'a fait qu'en un point qu'on va mentionner de suite. Il en est de même pour les cessions de frontières et les servitudes des Etats, dans la mesure où elles ont encore de l'importance. D'une façon générale, dans les limites que nous avons plus haut circonscrites — mais seulement aussi dans ces limites (3) — les

Comp. E. Meier, *Abschluss von Staatsverträgen,* p. 273 sq. ; Laband, *Staatsrecht,* I, p. 639 ; Probst, *op. cit.*, p. 19 sq.

(1) Ainsi la Cour d'appel supérieure de Lübeck, agissant comme tribunal arbitral dans le conflit qui s'était élevé entre la Prusse et le royaume de Saxe au sujet du chemin de fer Berlin-Dresde, a déclaré que le traité prusso-saxon du 6 juillet 1872, de l'interprétation duquel il s'agissait, était un traité *international* (Décision arbitrale du 28 juin 1877, *Annalen des deutschen Reichs*, 1877, p. 993 sq.).

(2) On sait qu'ils peuvent encore aujourd'hui s'envoyer et recevoir mutuellement des consuls. Je reconnais que ceci est anormal (Geffcken sur Heffter, *Völkerrecht*, p. 481), ou que c'est seulement « une survivance vide de sens d'une manie de titres de petits Etats » (Zorn, *Staatsrecht*, 2e édit., II, p. 455) ; je reconnais aussi que les consulats eux-mêmes n'ont pas toute leur importance juridique et politique (Laband, II, p. 10, n. 1) ; on peut cependant soutenir que certaines règles générales du droit international, comme par exemple la nécessité de l'exequatur, s'appliquent encore aujourd'hui ; la pratique des gouvernements est conforme à ceci. Cela n'est pas sans importance, par exemple à cause du § 360[8] du code pénal.

(3) Rien donc n'autorise Knitschky, *Hochverrath*, p. 127 sq., à soutenir : « Les relations entre les membres particuliers de l'Empire, puisqu'ils n'ont pas cessé d'être des communautés indépendantes, ne peuvent être conçues que comme des relations *internationales* ; ce sont les rapports d'Etats amis

relations des Etats-membres sont réglées par le droit international (1). De même que peu à peu dans l'ancien droit allemand, le droit international s'est glissé à côté du droit interne, pour régir les relations des territoires entre eux, de même dans le nouvel Empire, et malgré l'unité fédérale, le droit internatio-

entre eux. » Cette opinion ne peut s'appuyer que sur la théorie qui voit dans l'Empire une Confédération d'Etats, et Knitschky est très loin d'adopter cette théorie (comp. p. 125 sq.). — Contre lui aussi Laband, I, p. 127, n. 2.

(1) Leibniz avait déjà fait remarquer qu'entre les Etats-membres d'un Etat composé le droit international peut s'appliquer, *Codex juris gentium diplomaticus*, Wolfenbüttel, 1747, prél. p. 8. En ce qui concerne l'application de ce droit à l'ancien Empire Allemand, le principe n'était guère contesté chez les publicistes de l'Empire (v. ci-dessus, p. 111 et p. 172). En ce qui concerne l'Empire Allemand actuel, la question est rarement soulevée sous cette forme. V. cependant Heinze, *Staatsrechtl. u. strafrechtl. Erörterungen*, p. 57 : « Les rapports des Etats de l'Allemagne du Nord entre eux sur tous les points sur lesquels la Constitution fédérale n'a rien prévu d'autre, ne sont régis que par les principes du droit international. » Comp. aussi Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, p. 37 ; en ce qui concerne spécialement l'application au droit de conclure des traités, Schulze, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 2ᵉ édit., p. 14 ; Jellinek, *Staatenverbindungen*, p. 309 ; *System*, p. 290. Le point de vue exact est, en outre, adopté par Clauss, *Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten*, Tübingen, 1894, p. 157 sq. ; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, p. 469 sq., et indiqué par v. Holtzendorff, H.H., II, p. 146. Au contraire, v. Mohl, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 2ᵉ édit., Tübingen, 1872, p. 414 sq., nie que les Etats particuliers de l'Empire puissent entretenir entre eux des rapports autres que des rapports « étatiques ». « Entretenir des relations par ambassades, donc dans une forme essentiellement internationale, est contraire aux vrais principes et du droit international et du droit interne. Pour des rapports de cette sorte, l'envoi de commissaires est tout au plus justifié. » (p. 415). Les règles et les usages opposés de l'Empire allemand sont « contraires aux principes » (p. 417, n. 2). Il est moins catégorique dans son *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1873, p. 307. Il me semble qu'il ne serait pas si difficile de s'entendre sur la question. Naturellement, les Etats particuliers allemands, en tant que tels, ne sont pas des « puissances » au sens international ou diplomatique, pas même la Prusse. En outre, le droit international ne s'applique certainement pas à la plus grande partie de leurs relations, et, quand il le fait, il lui manque quelque chose, qui va être immédiatement indiqué au texte. Mais toutes les relations entre Etats-membres *ont besoin* d'une réglementation juridique, et une partie d'entre elles n'a pas été réglée par l'Empire. Qu'on songe, par exemple, aux rapports de frontière et de voisinage, en ce qui concerne notamment les fleuves frontières ou le lac de Constance. Je ne vois pas quel droit devrait régir ces rapports, si le droit international ne les régit pas. On ne pourrait éviter cette conclusion, qu'en admettant que tout le droit international en question a été reçu tacitement par l'Empire. Mais ce serait d'abord une fiction très osée, et qui ensuite serait directement contredite par la réglementation constitutionnelle des compétences.

nal a subsisté pour les rapports des Etats-membres. De même que *là-bas* la *décomposition* commençante s'annonçait par l'infiltration du droit international, de même *ici* transparaît, sur un point particulier, le souvenir des rapports de droit international qui existaient entre Etats souverains *avant leur réunion*. De tout ceci, il ressort en tous cas, non seulement que le droit international qui s'appliquait entre les Etats-membres actuels avant la fondation de l'Etat fédéral est resté en vigueur dans les limites que nous avons indiquées, et qui résultent du partage des compétences à l'intérieur de l'ensemble de la Fédération, mais encore que les Etats particuliers ont qualité pour créer, dans ces limites, par des *Vereinbarungen* de règles juridiques, un *nouveau* droit, qu'on peut à bon droit qualifier de « droit international allemand » (*teutsches Völkerrecht*). Ce droit est donc un droit international non reçu (*nichtrecipirtes Völkerrecht*). Il n'est pas *droit d'Empire*. Il ne devient pas non plus droit d'Empire, par suite de ce fait que la Constitution ou les lois de l'Empire en tiennent compte. Il n'est pas rare qu'une loi d'Empire déclare qu'elle « s'en tient », pour certains faits, à la réglementation qu'en ont opérée les Etats-membres par voie de traités, ou qu'elle ne « touche » pas aux traités des Etats-membres, etc. (1). Dans ces cas, la loi d'Empire affirme qu'elle ne veut pas élever le contenu des *Vereinbarungen* interétatiques au *rang* de droit d'Empire (2). L'Empire peut naturellement décider

(1) Comp. par exemple, la loi fédérale concernant l'octroi de l'assistance juridique, du 21 juin 1869, § 46 ; la loi d'Empire sur l'assistance pour le recouvrement des impôts et l'exécution des peines pécuniaires, du 9 juin 1895, § 11, etc... Les art. 50, § 6 (relatif à certains traités pour l'administration des postes), 66, § 1 (conventions militaires) de la Constitution d'Empire rentrent dans ce cas, dans la mesure où les traités qu'ils mentionnent sont des traités des Etats-membres entre eux, et à la condition qu'ils se présentent comme des *Vereinbarungen* créatrices de droit. Je ne m'occupe pas de cela. En tout cas, il y a dans beaucoup de conventions militaires certaines *Vereinbarungen*, qui ne se rattachent pas nécessairement à l'objet principal des conventions, et qui, à mon avis, contiennent du droit « interétatique ». V. la note suivante.

(2) Comp. aussi *Entsch. d. Reichsg. in Civils.*, VII, p. 348, 399 sq. — Par suite, les nombreuses « normes de collision » de droit privé international, qui sont contenues dans les conventions militaires (v. l'énumération dans l'ouvrage : *Die Militärgesetze des Deutschen Reichs mit Erläuterungen*, Refonte, Berlin, 1888, vol. I, p. 1-63 sq., surtout p. 12) ne sont pas du droit d'Empire, ce qui a une grande importance pratique. Niemeyer, *Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht*, Leipzig, 1894, p. 70. — D'une manière tout à fait opposée, G. Meyer, *Staatsrecht.*, p. 188, range les traités des

le contraire, et c'est une affaire d'interprétation que d'établir si, en se référant aux traités passés entre Etats-membres, l'Empire veut exclure la matière réglée par ces traités du domaine où s'exerce la compétence d'Empire, et, ce qui est en pratique le plus important, abandonner pour l'avenir au bon plaisir des Etats le perfectionnement et la modification des traités, ou bien au contraire, s'il veut seulement, par sa référence, assurer le maintien provisoire du *contenu des traités*, mais enlever à la *Vereinbarung* interétatique le droit de la modifier et faire ainsi du « traité » un élément du droit de l'Empire (1).

Certes, la situation internationale des Etats-membres, même en ce qui concerne le droit international en vigueur entre eux, a subi une modification essentielle par le fait de leur union en un Etat fédéral. D'abord, les règles de ce droit, même sans la volonté de ces Etats, peuvent être supprimées par une règle de l'autorité d'Empire, bien que cela puisse nécessiter parfois une modification de la Constitution. En outre, le cadre dans lequel se déroulent les relations « internationales » des Etats particuliers a nécessairement des limites. La réglementation de la compétence de l'Empire, ainsi que les devoirs des Etats particuliers envers l'Etat central limitent solidement partout la liberté des Etats-membres à l'égard du développement ou de la modification de « leur » droit international. Enfin, les droits internationaux que les Etats-membres possèdent les uns vis-à-

art. 50 et 66 de la Constitution d'Empire parmi les sources du droit interne d'Empire.

(1) Ainsi la Constitution d'Empire, art. 3, § 4, en ce qui concerne le traité de Gotha et la convention d'Eisenach. V. particulièrement Hänel, *Studien*, I, p. 108 sq., qui développe d'une manière approfondie l'opposition, établie ci-dessus, entre la référence qui opère réception, et celle qui opère un simple renvoi. Hänel, *op. cit.*, p. 109, a exactement prouvé que l'art. 3, § 4 de la Constitution d'Empire, dans la mesure où il s'applique à la Bavière, et au contraire de ce qui s'est passé pour les autres Etats, ne voulait pas et ne pouvait pas avoir pour effet une réception des traités ci-dessus nommés (par suite de ce que la Bavière est soustraite à la législation d'Empire en ce qui concerne les matières du domicile et de l'établissement, Constitution d'Empire, art. 4, n. 1, et Protocole final du 23 novembre 1878, n. III). Je me sépare seulement de lui en ce que je n'admets pas que par suite du Protocole final, l'Empire ait pris la place des autres Etats comme « partie prenant part au traité » vis-à-vis de la Bavière. D'après ce qui a été dit ci-dessus p. 185 sq., le Protocole final forme maintenant un élément du droit de l'Empire, et la disposition dont il s'agit ici laisse simplement en vigueur ces traités, en tant que tels, à l'égard de la Bavière et des *autres Etats allemands*.

vis des autres ne sont point protégés par les moyens de coercition qu'accorde en général le droit international. Le droit de se faire justice soi-même, dans la forme propre au droit international, leur est refusé. A la solution internationale de leurs conflits est substituée une décision par l'autorité d'Empire (Constitution d'Empire, art. 76, § 1) (1). Les guerres, les représailles, la rétorsion sont impossibles d'Etat-membre à Etat-membre (2). Il en est de même pour le droit que reconnaît le droit international à tout signataire d'un traité de se dégager, par une décision unilatérale, des obligations de ce traité, quand l'autre partie a violé les siennes ; car ce droit repose sur ce fait qu'un juge n'existe pas au-dessus des Etats, et cette raison a disparu ici. Mais tout ceci ne peut pas nous empêcher de considérer le droit objectif d'où naissent ces droits comme du droit international, tant au point de vue de sa production qu'à celui de sa validité ; cela ne peut pas davantage nous contraindre à ne voir en lui qu'un « *analogue* » du droit international (3).

Quand l'Empire abandonne à ses Etats-membres une sphère, à l'intérieur de laquelle ils ont compétence pour ordonner leurs relations réciproques d'après des règles de nature internationale, il reconnaît par là même qu'ils constituent, après comme

(1) De ce que le *Bundesrath* fait procéder à la solution du conflit par un tribunal arbitral, comme cela a toujours eu lieu jusqu'à maintenant, quand aucune entente n'est intervenue (v. les cas dans v. Seydel, *Commentar*, 2e édit., p. 406 sq.), il ne résulte pas que cette solution se transforme en une solution de droit international qui aurait lieu par la voie de la procédure d'arbitrage ; car le tribunal arbitral désigné prononce en vertu de l'autorité du pouvoir d'Empire. — Du reste, les Etats peuvent aussi compromettre (Laband, I, p. 236), mais sans pouvoir s'en remettre ni à l'arbitrage, ni à l'entremise d'Etats non allemands (Hänel, *Staatsrecht*, I, p. 577, n. 7).

(2) Comp. Hänel, *op. cit.*, I, p. 578. Non seulement pour violations du droit, mais aussi pour offenses. On peut citer le cas suivant à titre de curiosité. A l'occasion de la fête du centenaire en 1897, les autorités de Greiz (principauté de Reüss ä-L.) avaient ordonné l'enlèvement d'un drapeau prussien arboré par un Prussien. Un journal berlinois fit alors le plus sérieusement du monde la proposition suivante : le gouvernement prussien devait sommer le gouvernement de Reuss d'accorder une réparation pour l'injure faite, dans les 24 heures ; au cas de refus, il devait faire porter le drapeau prussien à Greiz par le bataillon prussien le plus proche. Si l'on veut traiter sérieusement la question, on doit naturellement déclarer ce procédé inadmissible.

(3) Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 92, à propos des traités des cantons suisses entre eux. Exact, par contre, Dubs (*Oeffentl. Recht der Schweizer. Eidgenossenschaft*, II, p. 25).

avant, des communautés de *nature étatique*. Mais cette conception peut servir de guide ensuite à l'Empire, quand il réglemente lui-même ces relations à l'aide de normes qui lui sont propres. Elle a pour conséquence, que la loi d'Empire accepte en elle-même des règles d'origine internationale. Tandis que le rapport de subordination qui existe dans l'Etat fédéral entre celui-ci et l'Etat-membre s'opposait à ce que le droit international fût reçu pour les relations *entre eux deux*, il est possible à l'Empire d'édicter des normes issues du droit international pour les relations des Etats-membres *coordonnés*.

Non seulement des règles de *caractère* international. Certes, la structure entière de l'édifice fédéral, — formation étatique composée d'Etats — pouvait et devait amener l'Etat fédéral, dans une foule de cas, dans lesquels il s'agissait pour l'Etat supérieur de régler les relations des Etats-membres entre eux, ou de l'un d'entre eux avec les autorités et les sujets de l'autre, à édicter, à côté des dispositions qui effaçaient les frontières intérieures, des règles qui fussent simplement adressées aux Etats, ou, ce qui est la même chose, à leurs organes, et qui établissent, d'abord et avant tout, des droits et des devoirs entre Etats particuliers. Ici, il se formait partout des rapports juridiques, qui, en soi et pour soi, auraient pu naître aussi d'une *Vereinbarung* internationale. Des prescriptions comme l'Empire en a édictées, par exemple dans le § 1er de l'art. 3 de la Constitution d'Empire, relatif à ce qu'on appelle l'indigénat commun, l'art. 33, § 2, relatif à l'exemption de droits pour les objets qui passent du territoire d'un Etat fédéré dans celui d'un autre, l'art. 54, § 3, concernant l'admission et le traitement des navires de commerce dans les ports et sur les cours d'eau des Etats-membres, pouvaient, sans modification, former le contenu d'accords internationaux ; cela est démontré par tous les traités de commerce et de douane, et aussi par différentes dispositions de l'Acte confédéral allemand (comp. art. 18), ou par les traités de l'Union douanière et commerciale (1). Il en est de même des

(1) Comp. Laband, I, p. 160 sq. ; Hänel, *Staatsrecht*, I, p. 585 sq. ; Bockshammer, *Das Indigenat des Art. 3 der deutschen Reichsverfassung*, Tübingen, 1896, p. 2 sq. Intéressante est la remarque du député Braun, lors de la discussion de l'art. 3 actuel de la Constitution d'Empire au *Reichstag* constituant de l'Allemagne du Nord (Rapport sténogr., p. 131) : « Ce n'est pas un Indigénat allemand ; c'est une faveur, comme on en éta-

dispositions de la loi fédérale concernant l'assistance juridique du 21 juin 1869, ou de la loi d'Empire sur l'assistance pour le paiement des impôts et l'exécution des peines pécuniaires du 9 juin 1895, et de beaucoup d'autres encore. C'est un fait tout à fait caractéristique, que la loi fédérale de 1869, aussitôt après son élaboration, soit devenue, presque sans modification de texte, le contenu de traités que la Confédération de l'Allemagne du Nord a conclus avec deux Etats allemands qui ne faisaient pas partie de la Confédération (1). Mais s'il est nécessaire de parler de ces dispositions dans cette partie de nos développements, il faut remarquer cependant qu'elles n'y rentrent que dans la mesure, non seulement où elles sont libellées sous forme de *Vereinbarungen* internationales, mais aussi où elles ont adopté en fait des règles du droit international. On trouve de ces dispositions en de nombreux endroits de la législation de l'Empire. Je dois me borner à quelques exemples.

Le droit international, qui a été reçu par le droit d'Empire, est d'origine diverse. Pour une petite part, ce sont des règles qui sont en vigueur, *d'une façon générale*, dans les relations entre Etats. Dans cette catégorie rentre la disposition de la loi d'organisation judiciaire, aux termes de laquelle les chefs et membres de missions accréditées près d'un Etat fédéré allemand ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux de *cet* Etat (Loi d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877, § 18, n° 2). Sans aucun doute, cette disposition accorde aux agents diplomatiques des Etats *allemands*, qui sont accrédités près des autres Etats-membres, l'exterritorialité dans les limites y indiquées (2).

blit par traités internationaux avec des nations étrangères. » Seydel, *Commentar*, p. 51.

(1) Avec Bade (Traité du 14 janvier 1870, *B. G. Bl.*, p. 67), et Hesse, pour la partie situé au Sud du Main (Traité du 18 mars 1870, *Id.*, p. 607), Il est aussi caractéristique, d'autre part, que les principales modifications qui distinguent les traités de la loi concernent précisément les dispositions de la loi qui ne s'expliquent que par l'union fédérale des Etats du Nord de l'Allemagne, notamment les dispositions relatives à l'extradition des propres nationaux. La loi fait de cette extradition un devoir pour les Etats ; les traités ne le font pas.

(2) Il n'est pas si simple de résoudre la question de savoir si et dans quelle mesure le droit d'Empire a maintenu l'exterritorialité qui existait certainement autrefois pour les princes allemands à l'égard des autres Etats allemands. Il n'est pas possible de répondre à la question d'une façon affirmative, simplement et sans restriction, comme le fait Planck, *Lehrbuch d. deutschen Civilprozessrechts*, I, Nördlingen, 1887, p. 65, du moins

La loi produit *plus* qu'une simple réception ; car non seulement elle crée un devoir de l'Etat où réside l'ambassadeur vis-à-vis de l'Etat qui l'a envoyé, mais elle accorde en même temps aux *agents* de cet Etat l'immunité personnelle de juridiction, exactement comme la loi interne, émise en vertu d'un devoir international, qui accorde des privilèges de na-

en ce qui concerne les princes qui séjournent dans un Etat fédéré étranger. On reconnaît unanimement que les princes allemands ne sont soumis à la juridiction des tribunaux répressifs de la part d'aucun des Etats-membres allemands. Par contre, le droit fédéral ne les exempte *en principe*, à l'intérieur du territoire fédéral, ni de la juridiction des tribunaux pour leurs difficultés privées, ni des obligations judiciaires générales dans les procès des tierces personnes (devoir de témoigner, etc...). Mais en vertu de la réserve inscrite dans les lois d'introduction à la loi d'organisation judiciaire (§ 5), au code de la procédure civile (§ 5), au code de procédure pénale (§ 4) et au règlement sur la faillite (§ 7), les dispositions des lois judiciaires fédérales ne sont applicables aux princes qu'à la condition que le droit actuel ou futur de l'Etat ne prévoie rien de contraire. Si donc le droit de l'Etat contient des dispositions contraires, s'il institue notamment une compétence juridictionnelle exclusive, ou s'il nie le devoir de témoignage, il faut s'en tenir à lui. Le droit d'Empire n'est ici qu'un droit subsidiaire. Et, d'après la rédaction tout à fait générale des clauses ci-dessus mentionnées des lois d'introduction, il faut admettre que cette subsidiarité doit exister pour tout l'Empire, et non point seulement pour l'Etat-membre. Si, par exemple, le droit du pays prévoit la compétence exclusive d'un tribunal du pays pour les demandes pécuniaires contre les princes, toutes les compétences particulières instituées dans les autres pays fédérés se trouvent par là même éliminées. L'objection que l'opinion dominante soulève là-contre, d'après laquelle la loi d'un pays ne peut valoir qu'à l'intérieur de l'Etat de qui elle émane, ne porte pas. Car c'est le *droit d'Empire* qui prescrit cette subsidiarité de ses dispositions dans tout le territoire fédéral. Ce n'est pas le droit de l'Etat-membre A qui, dans l'hypothèse, exclut la compétence particulière instituée d'après le droit fédéral dans l'Etat-membre B ; c'est le *droit* d'Empire lui-même qui l'exclut, au cas où une loi correspondante a été édictée dans l'Etat A ; il déclare que, dans ce cas, le droit d'Empire nouvellement créé ne doit pas « être appliqué » ; c'est-à-dire, qu'on doit s'en tenir à l'ancien. Mais avant le 1er octobre 1879, l'exterritorialité existait certainement au point de vue en question. On n'apercevrait pas pourquoi la loi aurait expressément conservé l'exterritorialité des *ambassadeurs* dans les Etats-membres, et aurait nécessairement abrogé celle des *princes*. En outre, les Etats-membres, d'après le texte clair des clauses des lois d'introduction, ont le droit, pour les procès pendants devant leurs tribunaux contre les princes, d'exclure la compétence du *Reichsgericht*, comme tribunal de révision ou d'appel. Il serait surprenant que, par contre, la compétence des tribunaux des *Etats-membres* étrangers dût rester intacte. — Sur ces résultats, sont d'accord Laband, II, p. 351 ; Thudichum, *Annalen d. deutschen Reichs*, 1885, p. 320 sq. ; Wach, *Handbuch des Civilprozesses*, I, Leipzig, 1885, p. 413 sq. ; Eccius, dans les *Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts*, de Gruchot, XXIX, p. 20 ; XXX, p. 460 ; v. Kries, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Fribourg, 1892,

ture semblable aux ambassadeurs étrangers ; comme, par exemple, la loi d'organisation judiciaire elle-même à l'égard des ambassadeurs des Etats non-allemands. Mais le « moins » est cependant contenu dans le « plus ». Le législateur d'Empire tire ici la conséquence du fait qu'il autorise des relations diplomatiques entre Etats-membres. S'il ne voulait rien changer, il devait, à l'occasion de l'élaboration de la loi d'organisation judiciaire, édicter la mesure en question. Il n'en aurait pas eu besoin s'il n'avait pas autrefois réglé unilatéralement l'exercice de la juridiction dans tout l'Empire ; c'est même à cause de cette réglementation que cette disposition est devenue nécessaire, car, sans cette législation spéciale, l'exterritorialité aurait été refusée aux ambassadeurs de l'intérieur de l'Empire.

Mais l'Empire a beaucoup plus souvent reçu des normes qui avaient été créées par des *Vereinbarungen* internationales *spéciales* entre les Etats-membres. La raison de ceci a déjà été indiquée. Quand la législation d'Empire a voulu créer, en certaines matières, des droits et des devoirs entre Etats particuliers, en tant que tels, il était tout naturel qu'elle acceptât les règles de droit international qui étaient déjà en vigueur entre les Etats-membres pour ces mêmes matières, dans la mesure où elle considérait, provisoirement du moins, que le contenu de ces règles était suffisant et n'était pas en contradiction avec le but et le caractère de l'union fédérale. Peu importait que ces règles eussent été en vigueur chez tous les membres de la Confédération

p. 89. — Les motifs de la loi d'introduction à la loi d'organisation judiciaire sont en faveur de l'opinion contraire ; mais leur autorité est à bon droit combattue par Thudichum, *loc. cit.*, p. 323 sq., à cause des contradictions dont ils souffrent. Après ce qu'on vient de dire, les choses se présentent, pour notre question, de la façon suivante : le droit d'Empire a expressément reçu les normes du droit international relativement à l'exterritorialité des ambassadeurs dans les rapports entre Etats-membres ; il n'a rien fait de semblable pour l'exterritorialité des princes ; mais, en inscrivant les clauses de réserve dans les lois d'introduction à la loi d'organisation judiciaire, etc..., il a fourni aux Etats fédérés, auxquels cette exterritorialité paraît opportune, la possibilité de la rendre effective par des dispositions de leur législation particulière. Il leur est même loisible maintenant d'instituer, par le même moyen, pour les autres membres de la maison régnante, l'exterritorialité qui n'existe pas d'après les principes du droit international. Thudichum, *loc. cit.*, p. 321. Par contre, les *Etats-membres*, en tant que tels, ne sont plus soustraits à la compétence juridictionnelle des autres Etats-membres ; cela résulte des dispositions du code de procédure civile, relatives à la compétence du fisc (§ 20 : compétence *générale*) et du défaut d'une réglementation contraire.

ou chez quelques-uns d'entre eux ; peu importait aussi qu'elles aient été créées avant ou après la formation de l'union fédérale. Dans les deux ordres d'idées, cela est rendu visible, d'une part, par la réception des traités de Gotha et d'Eisenach, concernant le droit des pauvres, qui liaient tous les Etats confédérés depuis 1850 environ, dans l'art. 3, § 4, de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, et dans le § 7 de la loi d'établissement du 1[er] novembre 1867 (1) ; d'autre part, par l'acceptation dont a été l'objet une partie de l'accord du 16 avril 1869 (2), conclu seulement entre la Prusse et la Saxe après la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord, de la part de la loi fédérale du 13 mai 1870, concernant la suppression des doubles impositions (3).

Mais avant tout, il était naturel de sauver et d'introduire dans le droit fédéral ce qui, de l'ancien *droit d'association* (*Vereinsrecht*), qui avait été obligatoire pour les Etats-membres au titre d'institution de la Confédération germanique ou du *Zollverein*, était digne d'être conservé et susceptible de réception dans le nouvel état de choses juridique et politique Dans cette catégorie rentre la disposition de l'art. 10 de la Constitution d'Empire : « Il appartient à l'Empereur d'accorder aux membres du *Bundesrath* la protection diplomatique habituelle », qui oblige le roi de Prusse à assurer l'exterritorialité en Prusse aux plénipotentiaires non prussiens membres du *Bundesrath*. Cette disposition a été précisée par la proposition finale du § 18 de la loi d'organisation judiciaire, en ce qui concerne l'immunité de juridiction (4). Il ne s'agit pas ici,

(1) V. ci-dessus, p. 200, n. 1.

(2) Concernant la suppression de la double imposition des nationaux des deux parties contractantes (*Preuss. Gesetzsammlung*, 1870, p. 142).

(3) Je fais ici aussi abstraction de ce que la loi ne fonde pas seulement des droits et des devoirs des Etats-membres entre eux. — Comp. *Entsch. d. Reichsgerichts in Civils*, XV, p. 28 sq. ; XXVII, p. 112 ; XXIX, p. 26.

(4) Comp. aussi code de procédure civile, §§ 16, 183 ; code de procédure pénale, §§ 11, 37. En ce qui concerne ces dispositions, il est surprenant que Kittel, *Die preussische Hegemonie*, Munich, 1896, p. 38, soutienne que l'exterritorialité, vis-à-vis de la Prusse, n'apparait « véritablement » que dans l'exemption des impôts directs. v. Mohl (*Reichsstaatsrecht*, p. 276) a fait une remarque semblable ; mais elle date de 1873 ; encore n'était-elle pas davantage alors exacte. Car l'exterritorialité de l'art. 10 de la Constitution d'Empire contenait déjà l'immunité de juridiction. La disposition spéciale du § 18 de la loi d'organisation judiciaire (qu du reste institue expressément le privilège vis-à-vis de *tout* Etat fédéré, dans lequel siège le *Bundesrath*, alors que cette conséquence ne peut être

comme pour la reconnaissance de l'exterritorialité des princes dans les Etats-membres allemands, d'une réception du droit international *général*; car les députés au *Bundesrath* ne sont point accrédités, comme des ambassadeurs, près de l'Etat fédéré sur le territoire duquel siège le *Bundesrath* : ils sont seulement traités comme s'ils l'étaient (1). Le droit international *général* n'est reçu que dans la mesure où les mots « protection diplomatique habituelle » contiennent un renvoi aux règles généralement pratiquées en droit international. Du reste, cette disposition est la copie un peu écourtée de la *Vereinbarung* détaillée qui avait été passée entre le Sénat de la ville de Francfort et les autres Etats-membres de la Confédération germanique en ce qui concerne l'immunité de juridiction et les exemptions fiscales des envoyés au *Bundestag* dans la ville libre (2). La Constitution d'Empire n'a pas résisté, en cet endroit, à la tentation de conserver des institutions confédérales. Mais, à l'encontre de ce qui avait lieu dans les cas dont on a parlé ci-dessus, ce n'est pas seulement ici une acceptation extérieure qui a eu lieu : une véritable réception a été possible, puisqu'on institue des droits et des devoirs d'Etats coordonnés entre eux, bien que cela ne soit pas l'objet exclusif visé. Cette proposition est encore

tirée de l'art. 10 de la Constitution d'Empire que par analogie) n'a été évidemment édictée, que parce que cette loi réglait complètement toute la matière de la juridiction contentieuse ordinaire.

(1) v. Seydel, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft im Deutschen Reiche*, III, p. 280 ; *Commentar*, p. 153 ; Laband, I, p. 213 ; Arndt, *Verfassung d. deutschen Reichs*, Berlin, 1895, p. 123. Sans pénétration, Kittel, *loc. cit.* Mais on n'a jamais accueilli l'idée que les plénipotentiaires du *Bundesrath* doivent être considérés comme des ambassadeurs des Etats-membres près de l'Empire, suivant le reproche qu'adresse au législateur Zorn, *Staatsrecht*, 2e édit., p. 166 sq. Aussi la critique que fait Zorn de cet article ne porte pas. Mais on comprend encore moins qu'il refuse à « cette réminiscence du droit international » toute signification juridique (*Verfassungsurkunde des deutschen Reichs*, Berlin, 1895, p. 44). Il est certes évident que la rédaction de l'art. 10 est extrêmement malheureuse, et on peut peut-être aussi discuter sur le point de savoir si elle a été appliquée. Comp. Westerkamp, *Ueber die Reichsverfassung*, Hanovre, 1873, p. 103. v. Mohl (*op. cit.*, p. 276 sq.) est plus circonspect ; il part d'ailleurs, pour faire sa critique, des mêmes prémisses erronées que Zorn. Mais en tout cas, l'histoire des origines de l'art. 10 en éclaire le sens, et prouve qu'il n'est pas « illogique ».

(2) Note de l'assemblée confédérale au Sénat de la ville libre de Francfort du 22 octobre 1816, réponse du Sénat du 25, et réponse du *Bundestag* du 30 octobre de la même année. Comp. v. Meyer et Zöpfl, *op. cit.*, II, p. 29 sq.

plus vraie en ce qui concerne l'art. 76 § 1 de la Constitution d'Empire, dans la mesure où il s'applique aux relations réciproques entre Etats fédérés, quand surviennent des difficultés qui ne rentrent pas dans le droit privé. Nous trouvons encore ici une reproduction en raccourci des prescriptions appartenant au droit confédéral (1). En outre, la brève mention que fait l'art. 40 de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord et de la Constitution d'Empire des traités d'union douanière sous leur forme ancienne et récente opère une réception étendue de règles du droit international, en tant qu'il s'agit, sous l'empire de la Constitution d'Empire, de rapports juridiques des Etats particuliers *entre eux* en matière de douane et d'impôt (2).

(1) L'art. 11 de l'Acte confédéral et les art. 19-24 de l'Acte final de Vienne y sont reproduits sous une forme abrégée. v. Seydel, *Commentar*, p. 404 ; Laband, I, p. 235, n. 4 ; G. Meyer, *Staatsrecht*, p. 676 ; Hänel, *Staatsrecht*, I, p. 578, n. 9. Mais la juridiction du *Bundesrath* n'est point « internationale », comme le dit G. Meyer, *loc. cit.* La règle de droit international est devenue droit interne. Contre Meyer, comp. Zorn, I, p. 171, n. 62.

(2) V. notamment Hänel, *Studien*, I, p. 120 sq., et *Staatsrecht*, I, p. 55 sq., 390 ; Delbrück, *Artikel 40 der Reichsverfassung*, p. 4, 22, etc.; Laband, II, p. 871, n. 2.

§ 8

## La réception du droit interne dans le droit international.

Le domaine dans lequel peut se concevoir et se démontrer une acceptation des règles du droit international dans le droit interne est restreint. Il n'en est pas autrement de l'hypothèse inverse, de la réception des normes du droit interne par les sources du droit international. Le motif en est ici aussi évident. Si une réception du droit international par un Etat n'était concevable que lorsqu'on pouvait apercevoir, dans les relations réciproques de plusieurs groupements à l'intérieur d'un Etat, des analogies avec les rapports que régit le droit international, de même, *à l'inverse*, on ne peut se représenter une acceptation dans le droit international des règles issues du droit interne que dans la mesure où les relations d'Etat à Etat se peuvent comparer aux relations que régit le droit étatique.

Il est donc, dès l'abord, *impossible* que les règles du droit interne, qui déterminent juridiquement l'autorité du groupement sur ses membres, en particulier, de l'Etat sur ses sujets, puissent pénétrer, par réception, dans le système du droit international. Le droit public, dans ce sens du mot, ne peut pas être l'objet d'une réception quelconque de la nature de celle dont il est question ici (1). Ainsi, il serait possible que le droit de l'Etat

(1) Ç'a été une spéculation tout à fait oiseuse que de vouloir transposer la théorie des droits dits fondamentaux ou droits de liberté des individus dans l'Etat, en une théorie des droits fondamentaux des nations dans le droit international. Ces droits fondamentaux des Etats occupent malheureusement encore une place exagérée dans notre littérature. V. contre ces droits, not. Jellinek, *System*, p. 302 sq. ; Heilborn, *System*, p. 279 sq. — Jellinek, *op. cit.*, p. 306, explique que la seule proposition possible sur laquelle peuvent être basés ces droits originaires, doit être formulée de la façon suivante : « Aucun Etat ne peut juridiquement exiger quelque chose d'un autre, ou ne peut juridiquement l'obliger à quelque chose, qu'en se basant sur une règle juridique ». Dans ce principe, qui est certainement exact et qui va de soi, Tezner (*Zeitschrift f. d. Privat- u. öff. Recht*, XXI, p. 225) aperçoit l'application d'une règle fondamentale de l'*état de droit* (*Rechtsstaat*)

fédéral devînt droit de l'Etat confédéral, en tant qu'il régit les rapports réciproques des Etats particuliers, mais jamais en tant qu'il régit les rapports de l'ensemble de la fédération avec ses membres.

Par contre, il serait concevable que le droit individuel issu d'une source juridique étatique, c'est-à-dire le droit interne relatif aux seuls rapports des individus appartenant à l'Etat ou soumis à sa souveraineté, en particulier donc le *droit privé*, soit adopté par une source du droit international. Ce qui empêche le droit public de pouvoir être reçu n'existe pas dans le droit privé. Le droit privé entre individus — en laissant de côté toutes les discussions théoriques sur les sources — se conçoit en lui-même, sans une puissance étatique supérieure aux individus. Et les Etats, d'après une opinion très répandue, se conduisent dans leurs rapports réciproques d'une façon absolument semblable ou au moins analogue à celle dont se conduisent les individus dans leurs relations mutuelles (1).

En s'appuyant sur cette observation, les *théoriciens du droit international* ont admis, en fait, une réception de ce genre dans une très grande mesure. Si la doctrine était une source juridique, la plus grande partie de tout le droit international consisterait en droit privé reçu. Le droit *romain*, le droit *canonique*, d'autres droits encore ont dû fournir matière à cette transposition doc-

aux relations juridiques des Etats entre eux. J'estime, si l'on veut ici parler d'une « transposition », qu'il y a simplement « transposition » dans le droit international d'un principe qui vaut pour tout le droit, à savoir que toute licence ou possibilité juridique (*rechtliche Dürfen oder Können*) découle d'une règle juridique.

(1) Gerber, *Ueber offentl. Rechte*, Tübingen, 1852, p. 40 ; J. Held, *System des Verfassungsrechts der monarch. Staaten Deutschlands*, I, Würzburg, 1856, p. 10 ; partiellement, Jellinek, *System*, p. 307. — La question célèbre de savoir si on doit concevoir le droit international comme un droit privé (Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht*, I, Berlin, 1868, p. 843, etc.) ou comme un droit privé « supérieur » (Fricker, *Vom Staatsgebiet*, Tüb. Progr., 1867, p. 6) ou comme un droit « analogue » au droit privé (Zachariae, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 3ᵉ édit., I, p. 2 ; Holland, *Elements*, 7ᵉ édit., p. 345, etc...), ou comme un droit public (par exemple, Jellinek, *op. cit.*, p. 300) n'a rien à faire ici. Je considère que cette question ne repose sur rien ; car l'opposition entre le droit public et le droit privé n'a de signification qu'à l'intérieur d'un Etat donné. V. les excellentes remarques de J. v. Held, *Grundzüge d. allg. Staatsrechts.*, Leipzig, 1868, p. 275 sq. ; comp. aussi v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, I, p. 414 ; Nippold, *Völkerrechtl. Vertrag*, p. 262 sq. Nous avons déjà parlé de la division du droit international en droit international public et privé (p. 128).

trinale. Cette transposition a eu lieu sous des formes diverses et dans des limites variables. Les uns ont revendiqué seulement pour le droit romain la propriété d'être une source subsidiaire du droit international ; les autres se sont contentés de déclarer applicables aux relations internationales quelques règles du droit romain. Les écrivains anciens de ce groupe partaient sans aucun doute de cette idée, que la source du droit international, quelque différente conception qu'ils s'en fissent, s'était appropriée ces règles du droit privé. Pour les écrivains plus récents, il n'est pas toujours facile de dire comment ils se représentent la chose. L'expression « analogie » des règles du droit international et du droit romain, que nous rencontrons souvent dans la littérature dont il s'agit, est trop vague, pour permettre de se faire toujours une opinion exacte de son contenu. L'hypothèse la plus vraisemblable est la suivante : celui qui soutient que des règles juridiques issues d'une source étrangère peuvent s'appliquer « par analogie » dans le domaine où règne une autre source, entend par là que cette autre source s'est appropriée le contenu de ces règles. Mais on peut aussi penser que, en droit international, il ne s'est pas développé de règles juridiques relativement à certains rapports entre Etats, ou que l'existence de ces règles juridiques ne peut pas être démontrée ; d'où naît pour le théoricien la faculté de combler cette lacune à l'aide des règles du droit privé romain qui lui paraissent raisonnables. Etant donné le subjectivisme qui règne dans la science du droit international, il n'est que trop vraisemblable que cette seconde explication sera souvent la plus exacte.

Il n'est pas difficile de démontrer comment les fondateurs du droit international sont arrivés à leur conception.

Ce que Hugo Grotius trouva dans la littérature, et qui servit de base à ses constructions ultérieures, — et ce n'était pas beaucoup — était complètement « romanistique ». Les docteurs italiens du moyen âge, les juristes espagnols théologiens, l'italien anglicisé Albericus Gentilis, tous avaient essayé de résoudre des questions que nous considérerions aujourd'hui comme appartenant au droit international, en leur faisant application du droit romain, bien qu'ils ne s'en réclamassent pas toujours expressément (1). Mais voici qui est plus important : Grotius

(1) Comp. Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles et Paris,

entreprit la tâche grandiose de *créer* un droit international. Son époque ne connaissait pas de droit international. Il le *réclama*, et il esquissa une ébauche puissante d'un droit, tel qu'il devait être. Mais où prendre les couleurs ? Le droit romain, de caractère universel, scientifiquement armé, pouvait les lui fournir.

Avant tout, le droit international devait être un droit *raisonnable*, et le droit romain était admiré à cette époque comme *ratio scripta*, raison écrite. C'est là le point de départ. La réception du droit romain dans la doctrine du droit international est l'œuvre du *droit naturel*. Le point de départ est le droit naturel (1). C'est pourquoi la théorie du droit international met toujours en œuvre le droit romain, dans la mesure même où elle est dominée par la conception du droit naturel. Aussi Grotius, qui reconnaît un droit international positif à côté du droit naturel, se tient encore dans des limites relativement étroites. Mais aussitôt que l'idée l'a emporté, que le droit international ne se peut concevoir *que* comme droit naturel, qu'en outre, puisque le droit naturel apparaît à l'origine comme le droit des individus isolés, les rapports des Etats sont régis par un droit naturel *appliqué* (2), — au même instant, la réception *théorique* du droit romain dans le droit international s'achève. De plus, on en arriva souvent à déclarer, jusqu'à un certain degré, susceptible d'être appliqué au droit international, le *système* sur lequel on basait l'étude du droit romain. C'est ainsi que s'expliquent de nombreuses analogies

1894, p. 7 sq. V. aussi déjà Heineccius, *Elementa juris naturae et gentium*, préf.

(1) Comp. Oppenheim, *System des Völkerrechts*, 2e édit., Leipzig, 1866, p. 8, 80 ; Maine, *Ancient law*, 12e édit., Londres, 1888, p. 97 sq. ; le même, *International law*, p. 16 sq., 20 sq. ; Westlake, *Chapters on the principles of international law*, Cambridge, 1894, p. 10 sq. ; Lawrence, *Essays on some disputed questions in modern international law*, Cambridge, 1884, p. 172 sq.

(2) Hobbes, *Elementa philosophica de cive*, chap. 14, § 4 ; *Leviathan*, II, chap. 30 ; Püfendorf, *Elementa jurisprudenciae universalis*, I, §§ 24, 25, 26 ; *De jure naturae et gentium*, II, chap. 3, § 23 ; *De officio hominis et civis*, I, chap. 3 ; Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, 7e édit., Halle, 1730, III, chap. 1, § 46 et sq. ; Gribner, *Principia jurisprudentiae naturalis*, Wittemb., 1717, III, chap. 1, § 1 et sq. ; Burlamaqui, *Jus naturalis elementa*, Genève, 1754, chap. 6, § 5 ; *Principes du droit politique*, II, Amsterdam, 1751, p. 1 sq. ; Heineccius, *op. cit.*, §§ 21, 22. Encore en notre siècle : Gros, *Lehrbuch der philos. Rechtswissenschaft*, Tüb., 1802, p. 231 ; v. Gagern, *Critik des Völkerrechts*, Leipzig, 1840, p. 22, 37 sq. ; Bowyer, *Commentaries on universal public law*, p. 67 sq. ; Lorimer, *Institutes of the law of nations*, I, p. 1 sq.

avec le droit privé, qu'on ne comprendrait absolument pas autrement. Le système était un vaste réservoir qui devait être rempli. Les *obligationes quasi ex contractu* (1) du droit international nous en offrent un exemple, pour ne rien dire des erreurs comme l'invention d'un droit de succession international, etc... C'est parce que l'idée du droit naturel a dominé jusqu'à notre époque dans la théorie du droit international, que la prétendue validité des principes du droit privé joue, *encore aujourd'hui*, dans la littérature du droit international, un rôle considérable en matière de relations internationales. Il faudrait se livrer à une étude particulière de l'histoire des doctrines pour prouver ceci en détail (2). Depuis quelque temps, certes, retentissent de plusieurs côtés des avertissements contre l'utilisation exagérée des idées du droit privé dans le droit international (3), mais quelques-uns seulement de ceux qui les donnent les prennent au sérieux.

(1) Heffter, *Völkerrecht*, p. 218 sq. ; v. Neumann, *Grundriss des heut. europ. Völkerrechts*, p. 85 sq. ; v. Martens-Bergobhm, I, p. 428. — En sens contraire, v. Bulmerincq, *Völkerrecht*, p. 310.

(2) Il n'y a pas grand'chose à tirer de la dissertation de Bütemeister (prés. Werlhoff), *De usu juris Romani aliorumque privatorum jurium in decidendis controversiis liberarum gentium*, Helmstädt, 1692. Dans des monographies plus récentes, on trouve de bonnes indications relativement à l'histoire des doctrines sur certaines matières. Il faut particulièrement distinguer, en ce qui concerne l'acquisition des territoires, Heimburger, *Erwerb der Gebietshoheit*, I, Karlsruhe, 1888, et en ce qui concerne les servitudes internationales, Clauss, *Die Lehre von den Staatsdienstsbarkeiten*, Tübingen, 1894. Il n'y a peut-être pas une matière du droit international, qui ne devrait être mentionnée ici. On s'est servi pour le droit international des doctrines romaines sur la prescription et la compensation, sur la conclusion des contrats (coercition, fraude, erreur, mandat pour expliquer les règles de la ratification !), l'interprétation des contrats, la contestation pour cause de *laesio enormis*, l'indemnité pour dommage, *culpa lata et levis* (dans la responsabilité à raison des actes des sujets ; l'analogie du *diligens pater familias* a encore joué un rôle dans les recherches auxquelles a donné lieu l'affaire de l'Alabama ; v. Creasy, *First Platform*, p. 317 sq.), la caution (garantie !), l'occupation, la déréliction, la possession (comp. les remarques très douteuses de Heffter, *Völkerrecht*, p. 40 sq.), etc...

(3) V. déjà J. J. Moser, *Deutsches Staatsrecht*, II, Francfort et Leipzig, 1738, p. 214 : « C'est une ridicule *petitio principii* que de vouloir résoudre les difficultés entre peuples libres d'après le *jure Justinianeo* ». Il se moque du juriste Tabor, qui avait conseillé à un Etat de l'Empire de poursuivre par l'action *Legis Aquiliae* le roi de France, qui avait envahi son territoire ! — Très bon, Günther, *Europ. Völkerrecht*, I, p. 33 ; comp. en outre Oppenheim, *op. cit.*, p. 80 ; v. Bulmerincq, *Praxis, Theorie und Codification*, p. 130 (il n'est pas clair par contre dans *Völkerrecht*, p. 188) ; E. Meier, *Abschluss v. Staatsverträgen*, p. 37 ; v. Holtzendorff, H. H., I, p. 72, 126, 128 ; Jellinek, *System*, p. 304 : Nippold, *Vertrag*, p. 80 sq.

Comment se comporte donc le droit international *réel* vis-à-vis de ces prétentions théoriques ? S'est-il effectivement, dans une si grande mesure, approprié des règles du droit privé et notamment du droit romain ?

Il est nécessaire, d'abord, d'éliminer de la discussion plusieurs faits, qui pourraient donner lieu à des confusions.

Le droit romain, que l'on a connu davantage à la fin du moyen-âge, a sûrement agi d'une façon décisive sur certaines idées relatives à ce qui est permis ou ordonné dans les relations internationales, et, par là, sur la pratique des Etats. L'histoire de *l'institution des représailles* nous en offre un exemple (1). C'est certainement à des conceptions du droit germanique que cette institution doit son origine. La forme brutale sous laquelle le haut moyen-âge permettait de saisir et de rançonner les membres d'une *universitas* pour les dettes et délits de la communauté ou au contraire la communauté pour les actes de ses membres était aussi opposée aux conceptions fondamentales du droit romain, qu'elle se peut expliquer, en partie du moins, à l'aide des idées germaniques. Or, ce n'est point un hasard, si précisément à partir de la fin du moyen-âge, ce droit étroit de représailles a été d'abord adouci par la pratique italienne et les droits des villes italiennes, et a pris finalement de plus en plus la forme d'une procédure réglée d'Etat à Etat, en vue de rendre obligatoire la protection juridique des sujets. Cette procédure était certes loin encore de rendre le particulier et son patrimoine indépendants des devoirs de son Etat ; mais elle ne considérait cependant le fait de se retourner contre lui que comme un moyen désespéré et ne le faisait intervenir qu'*en dernier lieu* (2). Ce n'est point un hasard, car j'estime qu'à côté des raisons pra-

(1) Comp. surtout de Mas Latrie, *Du droit de marque ou droit des représailles au moyen-âge*, Paris, 1866 : Nys, *op. cit.*, p. 62 sq.

(2) Ce n'est que beaucoup plus tard que ce développement a été aperçu par v. Meili, *Der Staatsbankerott und die moderne Rechtswissenschaft*, Berlin, 1895, p. 21 sq., 32 sq. Il est exact que Grotius ne considérait encore le principe romain que comme un principe « conforme à la raison » ; que, par suite, il indiquait que le droit germanique était celui qu'appliquait la pratique des Etats et qui valait encore comme *jus volontarium*. Mais en réalité la pratique du droit international (ce fut d'abord exceptionnel) avait déjà devancé la théorie, et Püfendorf, de même que ceux qui avaient adopté un autre point de vue que Grotius (Meili, p. 32 sq.), ne faisaient que revenir à ce qui, longtemps avant Grotins, mais non point partout, était déjà devenu du droit.

tiques, ce sont avant tout des idées romaines contre cette exagération de la responsabilité solidaire, qui, sans aller certes jusqu'à supprimer le droit de représailles, l'ont essentiellement affaibli et modifié. Que ce soit de l'Italie que le mouvement pour la limitation du droit oppressif de représailles se soit étendu sur toute l'Europe occidentale, cela démontre bien avec certitude l'influence du droit romain. Mais ceci constitue-t-il une réception des règles du droit romain dans le droit international, abstraction faite de ce que le principe *quod debet universitas singuli non debent* n'a jamais été *complètement* appliqué dans les relations entre Etats ? Certainement non. On devrait pour cela étendre tellement le concept de réception, qu'il perdrait toute forme définie.

Il en va de même d'un *second* phénomène, dont l'importance dépasse essentiellement celui qu'on vient d'examiner. A partir de l'époque, depuis le début de laquelle nous pouvons parler d'un droit international, la *législation* des différents Etats a exercé une *influence* éminente sur le développement du droit international. Si on ne connaît pas ce fait, on ne comprend rien à l'histoire du droit international. D'après ses dispositions naturelles et son développement politique, tel peuple a fourni une contribution au droit international, tel autre lui en a fourni une autre. Si je mentionne les effets qu'ont produits l'ordonnance française de la Marine de 1681 sur le droit maritime international, les lois belges d'extradition sur le droit de l'assistance juridique entre Etats (1), les lois de neutralité des Etats-Unis sur le droit de neutralité, je sais que je ne cite là qu'un très petit nombre d'exemples, bien qu'ils soient importants (2). Le lien historique qui rattache le droit international au droit interne est, je le répète, de la plus grande importance dans les matières les plus différentes. Doit-il, peut-il, pour cette raison, être traité ici ? Je réponds : non. Je parle ici de la réception des règles juridiques. Mais je dois nécessairement circonscrire le concept de réception ; je ne veux pas laisser tout le sujet se fondre entre

(1) Ainsi que cela a été récemment décrit, de façon brillante, par v. Martitz, dans le deuxième volume de son ouvrage sur l'assistance juridique internationale en matière pénale (Leipzig, 1897).

(2) Il est très intéressant d'observer, par exemple, comment une foule de règles du droit militaire consignées dans les « lettres d'engagement » et les « nominations de reîtres » des anciennes armées de mercenaires est passée peu à peu dans le droit international.

mes mains. La réception est l'acceptation du droit formé par une autre source juridique, en vue de son application à des *faits semblables*. La seule question qui se pose pour moi est celle des opérations qui possèdent ce caractère formel. Ce serait un travail qui aurait une bien plus grande portée et qui présenterait un intérêt considérable que de rechercher en détail quel lien de *causalité* rattache telle formation du droit interne, apparue d'abord, à telle formation postérieure du droit international ; le plan et l'objet de mon travail m'interdisent de me livrer à cette recherche. Ces rapports historiques consistent essentiellement en ceci, que le législateur, dans le domaine où s'étend son autorité, réglemente des rapports internationaux d'une manière qui, après un délai plus ou moins long, paraît correspondre aux intérêts de la société internationale ; et alors, une *Vereinbarung*, conclue expressément ou non par un groupe d'Etats, prescrit ou autorise la manière d'agir que la loi interne, pour elle-même ou pour les individus soumis à sa puissance, avait ordonnée en principe dans les relations avec l'étranger. C'est là la voie par laquelle le *droit interne*, au début indifférent ou absolument contraire au droit international, se transforme grâce aux progrès du droit international en droit conforme au droit international (1). Mais, d'après les considérations fondamentales sur lesquelles repose notre exposé, le contenu des lois internes de cette sorte, à cause de la différence des rapports régis, est autre que le contenu des règles du droit international « correspondantes » ; par suite, nous ne sommes pas autorisés à considérer ce procédé comme une réception. Si on peut, en cette matière, parler d'une réception, il ne peut s'agir que du « transport » du droit interne dans un autre *droit interne* ; il y a là une adoption qui est réalisée par la source du droit interne, soit parce qu'elle reconnaît librement l'excellence du droit étranger qu'elle imite, soit parce que le droit international s'étant développé lui en fait maintenant un devoir ou lui en donne la possibilité.

Dans un *troisième* cas, on peut facilement aussi penser à une réception du droit interne par le droit international. Quand une grande communauté se décompose, qui englobait en elle-même des communautés plus petites, il est possible qu'une partie des règles juridiques que la puissance étatique disparue avait

(1) V. ci-dessous § 11, I.

élaborées pour les rapports réciproques des groupements subordonnés subsiste à la ruine du tout étatique plus grand, et soit considérée par les petits Etats, maintenant souverains, comme encore obligatoire. Il en a été ainsi des différentes Constitutions des Empereurs romains après la chute de l'Empire romain au moyen-âge ; et de même encore des différentes normes de l'ancien Empire Allemand après sa disparition en 1806 (1). Peut-on parler ici d'une réception par le droit international de règles du droit interne ? Cela dépend de la solution qu'on donne à la question (qui ne peut pas être davantage traitée ici) de savoir si le droit institué par la source disparue subsiste malgré la disparition de celle-ci, ou si au contraire il partage son destin. Subsiste-t-il ? Alors, il ne peut pas être question de réception, car la réception est une nouvelle création du droit. Ne subsiste-t-il pas ? Alors, une réception est très possible, à condition que les communautés devenues souveraines conviennent de s'en tenir à ce droit (2). Naturellement, cette *Vereinbarung* ne signifierait rien si le droit antérieur conservait en lui-même sa validité. Nous avons ici à faire avec l'hypothèse inverse de celle qui a été plus haut examinée, dans laquelle des Etats jusqu'alors souverains se soumettaient à une autorité supérieure commune ; d'où naissait la question de savoir si et dans quelle mesure les règles du droit international, qui jusqu'alors régissaient leurs rapports, subsistaient comme telles, ou bien si l'autorité supérieure les transformait, par ses prescriptions juridiques, en droit interne. Et il est apparu que, quand les normes du droit international subsistent avec ou sans réception malgré la formation d'une puissance étatique supérieure, les sujets intéressés se voyaient toujours enlever les moyens que le droit international a prévus pour sanctionner les droits qui naissent de ces normes. De même ici, quand d'anciennes règles internes subsistent, qu'elles doivent ou non leur maintien à une réception internationale, les sujets qu'elles intéressent *reçoivent* désormais, pour

(1) v. Holtzendorff, H. H., I, p. 85 sq., 111.

(2) V. l'intéressant art. 2 de l'Acte fédéral du Rhin (M. R.VIII, p. 480) : « Toute loi de l'Empire germanique qui a pu jusqu'à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses... et leurs Etats... sera à l'avenir relativement à leurs dites Majestés... et à leurs Etats... *nulle et de nul effet*, sauf néanmoins... les dispositions du § 39 dudit Recès (sc. de 1803) relatives à l'octroi de navigation du Rhin, lesquelles continueront d'être exécutées... »

la préservation de leurs droits, l'appareil complet de coercition du droit international, qui leur était jusqu'alors refusé.

*Enfin*, je ne fais qu'indiquer ici, pour y revenir plus tard, que dans les règles du droit international opérant par blanc-seing, qui *renvoient*, pour la définition de certains faits, à des normes du droit interne — nationalité des individus et des navires de commerce, légitimation pour la conclusion de traités, etc. — il ne peut pas s'agir d'une véritable réception.

Notre question se trouve ainsi réduite à ceci : peut-on concevoir et démontrer une réception de normes du droit interne dans le droit international dans les cas où les Etats entretiennent entre eux des relations, qui correspondent aux relations qu'entretiennent des individus soumis à un régime juridique étatique ?

Par la manière dont je pose la question, j'exclus déjà une catégorie de relations interétatiques, à savoir, toutes celles qui consistent par essence en la limitation des *puissances étatiques* les unes par rapport aux autres. Car on ne peut pas trouver, dans la sphère des relations individuelles régies par le droit interne, quelque chose qui leur corresponde. Il est absolument inconsistant, de soutenir que le droit international contemporain s'est approprié les règles du droit romain sur le contenu et l'exercice de la *propriété*, sur la *possession*, sur les *servitudes*, sur l'*hypothèque*, et qu'il les applique à la souveraineté de l'Etat à l'intérieur du *territoire de l'Etat* ; peu importe d'ailleurs comment on conçoit les rapports entre l'Etat et son territoire. Il est inconsistant de soutenir que le droit international actuel a simplement adopté, en ce qui concerne l'extension ou le retrait de la souveraineté de l'Etat dans l'espace, c'est-à-dire en ce qui concerne l'acquisition et la perte du territoire, les règles du droit privé sur l'*occupation*, la *déréliction*, la *tradition*, etc... Il est inconsistant de voir un lien quelconque entre la « *responsabilité* » internationale des Etats à raison des actes de leurs organes ou de leurs sujets et la responsabilité de l'individu, en droit privé, à raison d'actes faits par d'autres. Il est inconsistant de poser en principe que le droit international contemporain, quand il édicte des normes quelconques relatives à la succession à la souveraineté étatique, suit les traces du droit privé, dans la mesure où celui-ci régit la succession *aux droits réels ou autres*.

Je dis expressément : le droit international *contemporain*. Car je ne méconnais nullement qu'en fait la pratique internationale des siècles passés s'est, dans une large mesure, tenue sur un autre terrain. Dans quelle mesure ? Cela ne se peut pas encore établir, par suite du manque de travaux historiques suffisants. Nous avons cependant assez d'exemples du fait, qu'autrefois des souverains traitaient de nombreuses affaires, relatives à l'abandon gratuit ou onéreux, transitoire ou permanent, complet ou partiel, de la souveraineté sur un territoire, d'après les catégories du droit privé de l'achat, de l'échange, du prêt, du dépôt, du contrat de gage sur les choses (1). On peut laisser sans la résoudre la question de savoir si, comme on l'a soutenu (2), on n'invoquait en réalité si souvent sous ce rapport les règles fondamentales du droit privé, que pour masquer les véritables mobiles des actions diplomatiques. Le fait s'explique suffisamment par l'idée patrimoniale de l'Etat, dominante autrefois, et d'après laquelle le prince apparaissait comme le propriétaire du pays et de ses dépendances, notamment des sujets ; on comprend de même que des normes *qui régissaient la situation juridique du fief* aient été naturellement utilisées pour des rapports que nous considérerions aujourd'hui comme internationaux, par suite de la longue survivance des conceptions féodales, même après la disparition juridique ou de fait du lien féodal. Aussi est-il douteux qu'on puisse appliquer le concept du droit international, c'est-à-dire d'un droit valant pour les *Etats*, aux relations que nous mentionnons, et parler d'une réception du droit privé, etc., dans le droit international. Que si cependant on veut le faire, en tout cas, le fondement historique grâce auquel seule une telle acceptation était possible a disparu. Si une réception a eu lieu, elle a, à ce point de vue, cessé. Les conceptions dont elle est sortie ne sont point seulement, comme le pense Bluntschli, indignes de notre temps (3) ; elles n'existent plus ; la meilleure preuve est la formation du système de l'option, qui est tout à fait incompatible avec ces conceptions (4).

(1) Exemples dans Günther, *Europ. Völkerrecht*, II, p. 92 sq., 153 sq., 155 sq. ; v. Martens, *Précis*, § 7.

(2) K. Th. Pütter, *Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft*, Leipzig, 1843, p. 7.

(3) *Völkerrecht*, p. 177, § 292.

(4) Comp. Stoerk, *Option und Plebiscit*, Leipzig, 1879, p. 22, etc...

Mais, à côté de ces relations, il existe encore une vaste sphère, à l'intérieur de laquelle les Etats ne se conduisent pas les uns vis-à-vis des autres autrement que des particuliers. Comme ceux-ci, l'Etat entretient avec ses semblables des relations économiques. Et ce commerce économique roule sur des affaires qui, abstraction faite de la différence des sujets qui les concluent, ne se distinguent en rien, et notamment ne se distinguent pas par leur objet, des affaires qu'on désigne du même nom dans le commerce individuel. Rentrent dans cette catégorie le prêt (1), la gérance d'affaires (2), les purs contrats de société, par exemple, le partage entre armées alliées du butin fait en commun sur terre et sur mer (3), les accords pour garantir en commun un emprunt (4), et beaucoup d'autres encore. Ce sont là des affaires « de droit privé », qui ne perdent pas ce caractère parce qu'elles acquièrent une très haute importance du fait qu'elles se rattachent à des entreprises d'Etat (5). Le droit international a-t-il, pour tout ceci, reçu des normes d'un droit interne, et duquel ?

La seconde partie de la question montre déjà combien la

(1) Comp. le traité entre la Belgique et l'Etat du Congo du 3 juillet 1890 (*Pasicrisie belge*, XXVIII, p. 315), qui est remarquable à plusieurs points de vue, notamment à cause de la clause, aux termes de laquelle la Belgique pourra s'annexer l'Etat du Congo au cas de non-paiement de la dette. La nature particulière de l'Etat, né des possessions d'une compagnie de commerce, explique en grande partie ce qu'a de particulier ce traité.

(2) Qu'on songe aux avances qu'un Etat accorde à un témoin convoqué à l'étranger pour lui permettre de s'y rendre. Il s'agit naturellement ici d'une prestation pécuniaire au titre d'avance à un autre Etat. Comp. les traités d'extradition passés par l'Allemagne avec l'Italie du 31 octobre 1871 (*R. G. Bl.*, p. 446), art. 13, avec la Suisse du 24 janvier 1874 (*Id.*, p. 113), art. 13, avec la Belgique du 24 décembre 1874 (*Id.*, 1875, p. 73), art. 14, etc...

(3) Par exemple, traité entre l'Angleterre et la France du 10 mai 1854 (M. N. R. G., XV, p. 580) et du 22 février 1860 (*Id.*, XX, p. 460).

(4) Traité passé entre les grandes puissances, à l'exception de la Russie, pour l'emprunt de la commission européenne du Danube, du 30 avril 1868 (*Id.*, XVIII, p. 153). Il faut bien remarquer que je ne parle point des emprunts d'Etat, qui ne sont nullement des affaires du droit international.

(5) L'expression « traités internationaux dont le contenu est du droit privé » se trouve dans les sources. Comp. la Constitution fédérale allemande du 28 mars 1849, § 9. La Constitution fédérale suisse se sert, dans le même ordre d'idées, de l'appellation « traité sur des objets d'économie politique » (Const de 1848, art. 9 ; de 1876, art. 9). Le § 8 de la Constitution fédérale allemande de 1849, qui copie l'art. 9 de la Constitution suisse de 1848, emploie, au lieu de l'expression de cette dernière, celle de « objets de *droit privé* ».

réponse est difficile. *Quel* droit privé peut élever la prétention d'être le trésor duquel le droit international a tiré ses richesses ? Le droit romain ? Il est clair que soutenir cela d'une façon générale est erroné. On est tenté d'admettre quelque chose de semblable, au cas où deux Etats, contractant ensemble, reconnaissent l'un et l'autre chez eux la validité du droit romain et se soumettent par suite à ce droit lorsqu'ils agissent devant leurs tribunaux, par exemple, contre leurs sujets. Mais jusqu'où s'étend aujourd'hui le cercle de ces Etats ? Comment pourrait-on déclarer le droit romain applicable au traité passé entre les Etats européens et le Maroc, et par lequel ces Etats garantissent au Sultan des contributions pour l'entretien d'un phare sur le cap Spartel (1) ? En réalité, on devra dire que les normes d'un droit privé interne déterminé sont applicables à des traités économiques de ce genre, au cas seulement où les Etats ont indiqué ce droit par une *Vereinbarung* spéciale, soit en y renvoyant expressément, soit en en rappelant réellement les règles intéressantes (2). Alors, il y a une réception du droit privé, spéciale et limitée à un cas particulier. Cela peut parfois se produire sans une disposition *expresse*. On pourrait peut-être admettre cela, quand dans les deux Etats le même droit privé s'applique aux opérations juridiques en question. Mais on ne peut pas admettre une réception de cette sorte, opérée *d'une façon générale*. Alors, quel droit s'applique à ces rapports ? On doit se contenter de ceci, que de vastes domaines du droit international manquent encore d'une réglementation générale. Nulle part « l'espace vide de droit » n'est aussi grand qu'ici (3). Il est plus sage de s'avouer cela, que de remplir cet espace de considérations arbitraires.

D'ailleurs, le dommage est-il si grave ? Je ne pense pas. Sans doute, il manque d'une façon générale dans le droit international de règles juridiques pour les *différentes* opérations juridiques ; il n'y a pas un droit spécial aux choses et aux obligations, si je puis ainsi dire. Il s'est formé, par contre, dans la pratique internationale suffisamment de principes *généraux* sur le droit de traiter — c'est de cela qu'il s'agit surtout —, souvent,

(1) Traité du 31 mai 1865 (M. N. R. G., XX, p. 350).
(2) Dans cet ordre d'idées, rentre peut-être l'art. 23 de l'Acte final de Vienne du 15 mai 1820 (M. N. R., V, p. 466).
(3) v. Holtzendorff. H. H., I, p. 46 ; Jellinek, *System*, p. 307.

je le reconnais, sous l'influence d'une doctrine qui a joué un rôle avant-coureur. Ici la question devient brûlante, de savoir si et dans quelle mesure une réception du droit privé a eu lieu.

Je dois encore répondre à cette question par la *négative*. Pour la raison d'abord que personne encore ne pourrait dévoiler *quel* droit aurait fourni la matière de la réception. Certes, on penserait d'abord au droit romain. Son autorité était des plus considérables à l'époque où l'on doit placer le commencement du droit international. Il me paraît cependant osé de parler d'une réception (1). Précisément, parce qu'il s'agit de règles tout à fait « générales ».

Aucune source de droit, en effet, n'agit, quand elle crée du droit, tout à fait arbitrairement. La « nature des choses » n'est point certes une source de droit : c'est cependant quelque chose dont aucune source de droit ne peut se désintéresser. Il suit de là que tout droit, qui édicte des règles pour la conclusion, l'exécution des traités, etc...., suivra certains principes, qui sont reconnus comme raisonnables à cause de la nature du traité, qui est un moyen de commerce. On ne doit donc point s'étonner, si le droit international a créé *certaines* normes du droit de traiter, qui se trouvent également dans le droit individuel privé, et non point seulement dans le droit romain. Ce n'est point là une transposition des normes du droit civil dans le commerce juridique des peuples (2) ; c'est l'institution d'un droit, qui concorde avec le droit civil, parce qu'on ne concevrait pas qu'il ne concordât pas. Le principe du protocole de Londres du 17 janvier 1871 (3), d'après lequel aucun Etat ne peut unilatéralement se dégager d'un traité qu'il a conclu, n'est point une règle reçue du droit romain ou d'un autre droit, mais simplement une règle juridique *qui va de soi*. Il en est de même dans les autres matières : formation, par exemple, des îles dans

(1) Stoerk, si je le comprends bien, aboutit aux mêmes résultats (*Wörterbuch des Verwaltungsrechts*, de Stengel, II, p. 517 ; *Gutachten der Berliner Juristenfakültät zum Zappa'schen Erbfalle, Bohm's Zeitschrift*, III, p. 291 sq. Seulement, l'expression qu'il emploie ici, à savoir que tous les traités qui ont un contenu de droit privé « ne doivent pas être jugés d'après les principes du droit interne et sont soumis, en tant que traités publics, aux normes du droit international »,ne me parait pas signifier grand'chose. Car on se demande immédiatement si ces normes du droit international ne peuvent pas être semblables aux normes du droit privé.

(2) En ce sens, E. Meier, *Abschluss von Staatsverträgen*, p. 37.

(3) Martens, M. N. R. G., XVIII, p. 273.

les fleuves frontières, etc... (1). Ce n'est point dans le droit romain qu'a été puisé le droit international ; c'est de la *raison* et de la *morale*, qu'ils ont tous deux tiré leur matière. La *naturalis ratio* est la « source » commune d'où ils découlent (2).

(1) Exact, Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 179, § 295 ; comp. aussi Oppenheim, *System*, p. 7 sq.

(2) Il est intéressant de remarquer que différentes *Vereinbarungen* du siècle passé se réfèrent expressément au « droit naturel », d'où doivent être tirées certaines règles, à titre de conséquences immédiates. Ainsi, à plusieurs reprises, les traités dits de neutralité armée, par exemple, entre la Russie et le Danemark, du 9 juin 1780 (M. R., p. 189), art. 3, entre la Russie et la Suède, du 21 juillet-1er août 1780 (*Id.*, p. 198), art. 2, 3.

§ 9

## Règles juridiques par blanc-seing n'opérant pas réception.

### I

Nous avons parlé en détail des règles juridiques, qui « renvoient » sous forme de blanc-seing au droit d'autres sources, sans incorporer cependant le contenu du droit étranger dans leur propre système juridique (1). Je donne encore un exemple : une loi pénale fait dépendre la poursuite de certaines infractions commises à l'étranger d'une demande de l'autorité « compétente » du pays où a été commise l'infraction (code pénal, § 4, n° 3). Cette loi renvoie aux normes de compétence étrangères; elle n'en fait naturellement pas des normes de compétence internes.

On rencontre des règles juridiques de cette sorte en grand nombre, quand on observe les relations qui existent entre le droit international et le droit interne. On trouve des renvois du droit interne au droit international aussi bien que des renvois du droit international aux normes étatiques, bien que cependant le nombre et l'importance des règles « par blanc-seing » du droit international soient supérieures au nombre et à l'importance de celles du droit interne.

Le *droit interne*, dont nous parlerons d'abord brièvement, se sert du renvoi à des règles du droit international de deux manières.

Il demande d'abord au droit international, — conformément d'ailleurs au caractère de la plupart des règles par blanc-seing n'opérant pas réception — de compléter la *définition d'un état de choses, dont les éléments ne sont que partiellement indiqués.*

(1) V. ci-dessus, p.159.

Ainsi, par exemple, un règlement saxon (1) dispose : « si, dans le royaume de Saxe, vient à mourir une personne *qui jouisse de l'exterritorialité*..., l'administration judiciaire doit envoyer immédiatement un rapport au ministre de la justice ». Le fait dont il s'agit ici doit recevoir un complément de définition à l'aide des règles reconnues du droit international sur les personnes investies de l'exterritorialité. Il en est de même, pour donner un autre exemple, d'une loi, qui attache à l'expédition d'objets de « contrebande » des conséquences civiles ou pénales, ou bien qui parle du « danger d'armer un navire » ou de « l'impossibilité » de poursuivre un voyage par suite d'un blocus ; quels objets sont exposés à la confiscation au titre de contrebande, quand existe ce danger : c'est le droit international qui décide (2) On n'a pas besoin de démontrer que des règles juridiques de ce genre ne constituent nullement une réception de normes du droit international.

La chose ne paraît pas tout à fait aussi naturelle pour les règles du droit interne de la seconde catégorie. Ces règles se servent du renvoi au droit international pour qu'il indique les *conséquences juridiques* qu'elles veulent attacher à un fait d'importance internationale. Elles limitent par exemple l'exercice de la puissance étatique sur les personnes et sur le territoire, uniquement d'après ce que décide le « droit international » (3) ; elles s'en rapportent, quand il s'agit de fixer une peine ou de

(1) Règlement concernant la procédure pour les affaires juridiques qui ne soulèvent pas de conflits, du 9 janvier 1865, § 10.

(2) Comp. code de commerce, §§ 515, 563, 673 ; code pénal, § 297 (objets « qui mettent en danger le navire ou la cargaison, parce qu'ils peuvent provoquer la saisie ou la confiscation du navire ou de la cargaison ») ; code de commerce, §§ 547, 629, 669 (quand le navire ou la cargaison « ne peuvent plus être considérés comme libres ») ; 634 sq. ; règlement sur les équipages du 27 décembre 1872, § 57. V. à ce sujet *Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts*, VII, p. 169 sq. ; VIII, p. 289 sq., VIII, p. 347, et *Entsch. des preuss. Obertribunals*, LXVI, p. 9 (refus de l'équipage de continuer le voyage, parce qu'il est menacé d'être fait prisonnier de guerre. La possibilité du danger doit éventuellement être appréciée d'après le droit international).

(3) Ainsi, relativement à l'*exterritorialité*, *Preuss. Allg. Landrecht*, introduction, § 36 ; code civil autrichien, § 38 ; Constitution de Saxe-Meiningen, § 18 ; loi d'introduction au statut juridictionnel autrichien, du 1er août 1895, art. IX ; code pénal hongrois, § 5 ; relativement à l'étendue des *eaux territoriales*, règlement islandais du 12 février 1872, Goos et Hansen, *Staatsrecht des Königreichs Dänemark*, Fribourg, 1889, p. 61 etc...

régler une procédure criminelle, à « l'usage de la guerre » (1) ou à la « tradition » (2), ou à ce qui est « généralement usité » (3), en d'autres termes : à ce qui est pratiqué dans les relations internationales, et qui est, à cause de cela, juridiquement reconnu. Le plus souvent, le renvoi se réfère à des traités internationaux existants. On ordonne de faire ce qu'ils décident ; ils doivent rester « intacts » (4), ils doivent être « maintenus » (5) ; ils doivent seuls décider (6) ; ce qu'ils contiennent doit être appliqué, si c'est quelque chose de différent des règles générales (7) ou de particulier par rapport à ces règles (8), qu'il s'agisse simplement de traités internationaux en général ou de quelques-uns spécialement indiqués (9), par exemple, des *Vereinbarungen* d'unions internationales, auxquelles appartient l'Etat (10). Or, comme en général, le renvoi au droit étranger, quand il sert à définir les conséquences juridiques qui sont attachées à un fait, constitue une acceptation du droit étranger, on peut être amené, par suite d'une observation superficielle, à considérer qu'il y a là une réception du droit international dans le droit interne. Cela ne se produit pas cependant, et il n'est pas difficile de le démontrer. Une réception ne pourrait avoir lieu que si la source juridique étrangère attachait au fait dont il s'agit *les mêmes* conséquences que celle que prévoit la source interne. Mais il ne peut pas être

(1) Code pénal prussien (1851), § 70 ; code pénal de 1876, § 91 ; code pénal hongrois, § 145.

(2) Loi d'Empire sur la compétence juridictionnelle des consuls, du 10 juillet 1879, §§ 1, 4, al. 2.

(3) Loi pénale finlandaise du 19 décembre 1889, § 7.

(4) Par exemple, loi d'Empire sur le cabotage du 22 mai 1881, § 4 ; règlement sur les échouements, du 17 mai 1874, § 47.

(5) Constitution fédérale suisse de 1874, art. 59, al. 2 ; Edit bavarois sur l'indigénat, du 26 mai 1818, § 5.

(6) Comp. la loi du royaume de Saxe concernant l'impôt sur le revenu du 2 juillet 1878, § 4, en ce qui touche l'imposition des compagnies de chemins de fer.

(7) Loi d'organisation judiciaire, § 21 ; loi d'Empire sur la compétence juridictionnelle des consuls, du 10 juillet 1879, § 4, al. 2 ; loi d'Empire sur le tarif douanier, du 15 juillet 1879, § 6 ; loi d'Empire pour la protection des marques de fabrique, du 12 mai 1894, § 23, al. 3 ; code civil saxon, § 6, etc.

(8) Règlement sur les tribunaux répressifs militaires pour la Prusse, du 3 avril 1845, § 42.

(9) Par exemple, décret impérial pour empêcher les collisions de navires en mer, du 9 mai 1897, art. 34, al. 2.

(10) Ainsi, les nombreux renvois des Constitutions et lois allemandes aux lois de la Confédération germanique et du *Zollverein*. Comp., parmi beaucoup d'autres, l'Acte constitutionnel de Bade, § 10.

question de cela, d'après ce que nous avons exposé ci-dessus au sujet des sphères positives de réglementation des deux sources. Les règles du droit international ont un objet qui est régulièrement inaccessible à tout droit interne ; elles ne *peuvent* pas ordonner la même chose que le droit interne. En fait, dans notre hypothèse, le droit interne renvoie au droit international, non point en ce sens qu'il s'annexe la conséquence juridique *attachée* à un fait par le droit international, mais en ce sens qu'il s'annexe la conséquence juridique *exigée* ou *autorisée* par le droit international. Il n'exprime pas ce qu'exprime le droit international sur le même fait, mais ce que le droit international ordonne ou permet à la source de droit interne d'exprimer de son côté sur ce fait. Il ne reproduit pas le droit issu d'une autre source ; il produit un droit qui est *conforme* à un autre droit. Ces règles par blanc-seing du droit interne, qui renvoient au droit international, sont une catégorie importante du droit étatique *conforme au droit international* dont nous aurons plus tard à parler en détail. Elles sont l'expression caractéristique moins d'un rapport entre *contenus* des systèmes juridiques différents, que d'un rapport entre *sources juridiques* différentes.

Ces deux catégories de règles par blanc-seing montrent, comme toute loi par blanc-seing, que le législateur s'efforce de produire beaucoup avec des moyens réduits, et qu'il y réussit. Non seulement, il peut d'un seul mot créer peut-être toute une série de règles juridiques, mais il échappe aussi à la nécessité, chaque fois qu'une modification se produit dans ses devoirs internationaux, de mettre son système juridique en accord avec ces devoirs. Souvent par ce procédé, il embarrasse son droit de normes, qui portent nécessairement en elles le caractère d'imprécision qui est comme inhérent à une partie considérable du droit international, et il rejette ainsi le fardeau de trancher des points douteux du droit international sur les organes à qui incombe l'application de ces règles par blanc-seing (1). Cela peut cependant, en certains cas, avoir son bon côté.

(1) C'est délicat, quand le droit international (ce qui est malheureusement le cas presque partout) constitue une *terra incognita* pour les autorités subordonnées. L'histoire d'une disposition du droit saxon est caractéristique. Le code criminel du royaume de Saxe du 30 mars 1838 exigeait, dans son art. 5, qu'on prît les instructions du ministre « quand des

L'Etat évite de poser comme résolues, sous une forme impérative, des questions discutées du droit international ; il évite ainsi de prendre, vis-à-vis de l'étranger, une position ferme et aussi de soulever par avance des conflits. Nous pouvons nous en tenir à ces indications ; je ne saurais plus rien tirer d'utile du sujet au point de vue dogmatique.

## II

Les règles par blanc-seing du *droit international* renvoient aussi parfois au contenu du droit étatique pour que les *conséquences juridiques* qu'elles expriment soient davantage précisées. D'abord, quand elles ordonnent ou permettent à l'Etat d'exercer son autorité, elles s'en rapportent aux normes du droit interne en ce qui concerne la manière dont cette autorité sera exercée. Elles disposent, par exemple, que l'assistance en matière judiciaire — auditions de témoins, assignations, etc... — doit ou peut être accordée, ou que la confiscation des reproductions ou réimpressions d'ouvrages protégés doit ou peut être faite d'après les prescriptions du droit interne (1). Il est à peine besoin de faire remarquer qu'un renvoi de ce genre ne se propose point comme but et n'a point pour effet de transformer les institutions du droit national en règles internationales.

Mais beaucoup plus souvent la règle du droit international fait appel au droit interne pour qu'il complète la définition d'un *fait* qui n'est que partiellement défini. Nous pouvons même dire qu'il n'y a que peu de normes internationales qui n'aient, sur un point quelconque, besoin d'un complément de ce genre de la part du droit étatique. Ce ne sont pas seulement des considérations d'ordre pratique qui déterminent la source juridique à

étrangers, qui d'après les principes du droit international ne sont pas soumis au gouvernement de l'Etat par suite de ce qu'ils ne font qu'un séjour passager dans le pays, y commettent un délit ». Des étrangers qui..., cela signifiait naturellement : ceux des étrangers qui..., (*solche Ausländer,welche...*). Les tribunaux inférieurs comprirent cependant à plusieurs reprises la phrase relative comme si elle rappelait que, d'une façon générale, les étrangers jouissent de l'exterritorialité ! Il fallut un règlement particulier (du 1er août 1840) pour corriger cet étonnant malentendu.

(1) Comp. le traité d'extradition entre l'Allemagne et la Suisse, du 24 janvier 1874 (*R. G. Bl.*, p. 113), art. 12 ; convention de Berne pour la protection des ouvrages littéraires, du 9 septembre 1886 (*Id.*,1887, p. 493 ; M. N. R. G², XII, p. 173), art. 12, etc...

choisir la forme du blanc-seing comme un moyen commode de formuler des règles juridiques à grande portée ; c'est plutôt que le droit international est *amené* à s'appuyer ainsi sur le droit interne par la nature des rapports qu'il doit régir. Le droit international régit la vie commune des *Etats*. Mais ce qui rend l'Etat capable de vouloir et d'agir, c'est sa propre organisation, telle qu'elle résulte des règles juridiques qu'il s'est données. Toutes les fois donc que le droit international attache des conséquences juridiques à un acte de volonté de l'Etat, il s'en rapporte aux règles d'organisation du droit étatique, qui déterminent quelle volonté de quels individus on doit considérer comme la volonté de l'Etat, quel acte de quels individus et à quelles conditions on doit considérer comme un acte de l'Etat (1). En outre, l'ex-

(1) On ne devrait point contester que, sous *ce* rapport, le droit international « général » est toujours un droit par blanc-seing, qu'il ne peut pas arbitrairement s'affranchir des dispositions de compétence du droit interne, et que, suivant l'expression de Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 113, « il doit prendre l'Etat comme il est ». C'est à tort que, pour soutenir le contraire, on invoque le fait que les traités conclus par les *usurpateurs* lient aussi l'Etat (Tezner, *Zeitschrift f. d. Privat-u. öff. Recht*, XX, p. 131). Car cette conséquence ne se produit certainement pas *avant* le moment où l'usurpateur s'est emparé de la puissance étatique assez fortement pour qu'à l'intérieur aussi le caractère obligatoire de ses actes de gouvernement ne fasse plus de doute. On pourrait plutôt essayer de faire, en un sens opposé, une brèche au principe général que nous soutenons, en disant que même les déclarations d'un usurpateur *légitimé* ne valent pas nécessairement dans les relations internationales comme déclarations de volonté de l'Etat, dans le cas notamment où les autres Etats ne reconnaissent pas encore le gouvernement issu de la révolution. Mais cette objection ne porterait pas : car le fait de ne pas reconnaître un nouveau gouvernement signifie seulement qu'on refuse d'entretenir des relations diplomatiques avec lui (bien vu, notamment, par Brockhaus, *Das Legitimitätsprinzip*, Leipzig, 1868, p. 297) ; un refus de considérer comme actes de l'Etat les actes du souverain légitimé est, en lui-même, dépourvu de fondement juridique ; de même, à l'inverse, la reconnaissance d'une dynastie légitime ou légitimée ou d'une prétention au trône légalement fondée (comp. par exemple le traité de Londres du 11 mai 1867, M. N. R. G., XVIII, p. 445, art. 1, relativement à la maison de Nassau dans le Luxembourg ; le traité de Francfort du 10 juillet 1819, M. N. R., IV, p. 634, art. 2, relativement au comte Hochberg dans le Duché de Bade) est dépourvue de signification *juridique*. Même la politique légitimiste des puissances orientales après le Congrès de Vienne ne peut pas être considérée comme un essai de supprimer l'importance internationale des Constitutions internes, au cas où la Constitution est fille de la Révolution. Car, au fond, cette politique était précisément basée sur ce principe, que la Constitution issue de la Révolution était irréparablement illégitime, même en droit interne. Je concède seulement que le principe général peut être limité par une *Vereinbarung* particulière. Si, par exemple, un Etat est obligé d'avoir une

tension que reçoit dans l'espace et sur les personnes la puissance d'un Etat donné, et que le droit international a pour devoir de délimiter par rapport aux autres puissances étatiques, n'est nullement déterminée par la nature, mais ne résulte que de règles juridiques. Ce qui *appartient* à l'Etat, que ce soient des hommes ou des choses, lui appartient en vertu d'une règle juridique. Toutes les fois donc que le droit international institue des droits et des devoirs réciproques des Etats, en ce qui concerne les nationaux, les navires, les monnaies, les titres « nationaux », etc..., il se réfère normalement (tacitement ou expressément) (1), aux règles du droit interne. S'il m'est permis d'employer l'expression « nationalité » (*Staatsangehörigkeit*) en un sens plus large qu'elle n'est généralement usitée, je dirai : il se crée et il doit se créer d'innombrables règles du droit international sous la forme d'un blanc-seing, qui doit être rempli par le droit étatique sur la nationalité des personnes, des choses, des biens juridiques (2), des actes (3). Je ne trouverais pas nécessaire d'observer encore

Constitution déterminée (par exemple, un Etat protégé vis-à-vis de l'Etat protecteur) ou s'il est reconnu comme Etat à la condition d'établir une Constitution déterminée (par exemple les principautés danubiennes et la Bulgarie ; comp. Convention de Paris du 19 août 1858, M. N. R. G., XVI, 2, p. 50 ; Acte du Congrès de Berlin, du 13 juillet 1878, M. N. R. G²., III, p. 449, art. 3), cela signifie que s'il modifie, même légitimement, sa Constitution, il ne pourra pas demander que les organes compétents d'après la nouvelle Constitution soient considérés par les autres Etats comme des représentants légitimes.

(1) V. notamment la formule qui revient dans tous les traités récents de navigation, et qui est presque stéréotypée, aux termes de laquelle, par exemple, « tous les navires qui doivent être considérés, d'après le droit allemand, comme allemands, et tous les navires qui doivent être considérés, d'après le droit japonais, comme japonais, doivent, au sens de ce traité, être indifféremment tenus comme navires allemands ou japonais ». Traité de commerce et de navigation entre l'Allemagne et le Japon du 4 avril 1896 (*R. G. Bl.*, p. 715), art. 15, et cent autres (nombreux exemples dans Pradier-Fodéré, V, p. 68 sq. ; v. aussi Mittelstein, dans *Böhm's Zeitschr.*, I, p. 659 sq.).

(2) D'autres aussi parlent souvent de la « nationalité » des biens juridiques ; comp. par ex. v. Rohland, *Internationales Strafrecht*, I, p. 6, 21, 52, 103, 158, etc..

(3) Le principe « général » peut parfois cependant subir une exception du fait d'une *Vereinbarung* particulière. Pour éviter qu'une personne ou une chose doive être considérée comme « nationale » de plusieurs Etats, on a, par exemple, convenu que les personnes appartenant à un Etat et naturalisées dans un autre, devraient être considérées, sous certaines conditions, comme appartenant seulement au second (comp. les traités dits *Bancroftverträge*). Si le premier Etat ne voulait pas organiser d'une façon correspondante sa législation sur la nationalité, la personne qui, d'après

que, par là, le droit interne ne se transforme pas en droit international, si certaines opinions ne s'étaient fait jour, qui expriment une conception inexacte (1).

Il existe une seconde catégorie de règles internationales par blanc-seing, qui ne sont ni moins nombreuses ni moins importantes, et qui se caractérisent brièvement par ceci, qu'elles sont destinées, en renvoyant au droit étatique, à faire *concorder* le droit international et le droit interne. Elles réalisent cette concordance à un double point de vue : elles veulent éviter d'imposer des *obligations* qui dépasseraient les limites tracées par le droit interne, et se garder de reconnaître des *droits* qui excéderaient la protection qu'accorde aux intérêts le droit interne. Ce but est atteint par le moyen suivant : la norme du droit international fait dépendre la création (ou la non-création) des droits et des devoirs *internationaux* de la condition que *la loi* de l'Etat à qui il s'agit d'accorder des droits ou d'imposer des devoirs accorde (ou refuse) des droits ou certaines capacités ou impose des devoirs à cet Etat lui-même, à ses organes ou à ses sujets. Je pense aux traités d'extradition qui tous font dépendre la demande d'extradition du fait qu'un droit pénal étatique a été réellement créé ou au moins est affirmé comme existant (2), aux conventions consulaires qui promettent

son droit, lui appartient, ne devrait cependant pas être considérée dans les rapports de cet Etat avec les autres Etats comme son citoyen. Maintes *Vereinbarungen*, concernant la nationalité des navires de commerce, sont encore plus explicites ; comp. par ex. le traité d'amitié entre l'Empire allemand et la Turquie du 26 août 1890 (*R. G. Bl.*, 1891, p. 117), art. 14 : « Si un navire doit être considéré d'après le droit allemand, comme allemand, et en même temps, d'après le droit ottoman, comme ottoman, chacune des hautes parties peut traiter dans ses eaux ce navire comme appartenant à sa nationalité. »

(1) C'est ainsi que Stoerk écrit, H. H., II, p. 523 sq. : « ces dispositions des droits maritimes particuliers, qui sont entre elles très différentes (sur la nationalité des navires, etc...), entrent dans le domaine du droit international et elles forment, *en même temps*, bien qu'elles n'aient elles-mêmes qu'un caractère de droit interne, *une partie intégrante du droit international*, parce qu'elles servent souvent de base à des traités internationaux ». Et d'après Tezner, *Zeitsch. f. d. Privat- und öffentl. Recht*, XX, p. 142, il serait possible que le droit international *reçoive* des normes étatiques sur la validité des déclarations émises par les organes de l'Etat en matière internationale. Par suite, les normes juridiques des Etats-membres allemands, en ce qui concerne le droit de représentation des chefs d'Etat, devraient être devenues droit fédéral, puisque le *Bundesrath* doit examiner la légitimation de ses membres.

(2) Ils contiennent encore beaucoup d'autres renvois semblables à ceux

aux consuls l'exercice de fonctions publiques dans l'Etat où ils sont établis, dans la mesure où ils en sont investis par la loi de leur pays, aux traités qui interdisent aux nationaux de l'autre partie la pêche ou le cabotage (1) dans le cas où les lois internes accordent exclusivement l'autorisation de pêcher ou de se livrer au cabotage aux propres nationaux (2). Appartiennent au même ordre d'idées les arrangements internationaux qui font dépendre la naissance de droits et de devoirs *internationaux* du fait que des devoirs *internes* ont été remplis par l'Etat, les autorités ou les sujets conformément aux prescriptions du droit interne et dans les formes exigées par ce droit. Il en est ainsi, par exemple, quand on fait dépendre la protection à accorder à un livre, à une invention, etc..., de ce que l'auteur, l'inventeur, etc..., a accompli les formalités et rempli les conditions des lois du pays d'origine ou du pays étranger (3), ou quand on garantit l'exercice de droits aux sociétés étrangères, à condition qu'elles soient créées conformément aux lois de leur Etat (4). Je n'ai certainement pas besoin de multiplier les exemples, pour montrer quelle place importante occupent les normes de ce genre.

Les règles internationales par blanc-seing présentent aussi, à côté de nombreux avantages, de sérieux inconvénients. Celui-ci d'abord qu'elles mettent l'Etat, pour chaque cas d'application, dans la nécessité de se faire une opinion exacte sur le contenu du droit étranger, — tâche qui, comme on le sait, peut être aussi difficile que délicate. Et il ne peut pas l'éluder ; autant en effet la *communauté internationale* se montre indiffé-

dont il est question. Ce sont bien, de tous les traités de l'époque moderne, ceux qui sont le plus fertiles à ce point de vue.

(1) Comp., parmi beaucoup d'autres, le traité de commerce et d'amitié entre l'Empire allemand et l'Etat libre d'Orange du 28 avril 1897 (*R. G. Bl.*, 1898, p. 93), art. 9, 16.

(2) V., par exemple, le traité de commerce et de navigation entre l'Empire allemand et la Sardaigne du 23 juin 1845 (*Preuss. Ges. Sammlung*, p. 657), art. 4 ; le traité de navigation entre la France et l'Autriche-Hongrie du 9 avril 1884 (M. N. R. G², XI, p. 605), art. 8.

(3) Comp. la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires, du 9 septembre 1886 (v. ci-dessus, p. 228, n. 1) ; la convention internationale pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 (*Id.*, X, p. 133), art. 2 ; la convention entre l'Empire allemand et la Serbie du 3 juillet 1886 (*R. G. Bl.*, 1887 p. 151), art. 2.

(4) Comp. le traité, cité dans note précédente, entre l'Empire allemand et l'Etat libre d'Orange.

rente, comme le prouve précisément l'usage de la règle par blanc-seing, à l'égard du contenu du droit étatique auquel elle se réfère, autant les *différents Etats* sont intéressés, dans les relations internationales, à connaître ce contenu juridique (1), dont tout dépend. Cet inconvénient, qui introduit un important élément d'incertitude dans la vie juridique internationale, a suscité récemment la question de savoir, s'il n'a pas déjà été tenu compte de ces considérations pratiques dans la formation même du droit international, et si le cercle dans lequel on rencontre les blancs-seings que doit remplir le droit international n'a pas été circonscrit d'une manière aussi étroite que possible. Certes, des doutes de ce genre se limitent dès l'abord à un domaine relativement étroit. Ils ne peuvent point surgir à l'égard des *Vereinbarungen* internationales, expresses et claires. Ils doivent en outre disparaître, là où le caractère du droit international rend absolument nécessaire, d'après les observations que nous venons de faire, un renvoi aux normes du droit interne. Mais on ne peut pas les écarter d'emblée, là où la soi-disant règle du droit international, dépourvue de contrainte interne, renvoie au droit national dans l'intention (réalisée d'ailleurs) que des droits et devoirs internationaux ne naissent que si, d'après le droit étatique, — j'emploie intentionnellement des expressions tout à fait générales — existent certaines capacités, certains droits, certains devoirs. L'exemple typique nous est fourni par la discussion qu'a soulevée l'ouvrage souvent mentionné d'Ernst Meier et qui n'est pas encore terminée, au sujet de la question qu'on formule habituellement de la façon suivante : quelle influence ont les normes du droit interne sur la représentation internationale de l'Etat par ses organes, en ce qui concerne notamment la conclusion des traités ? Quelle influence en particulier exercent les règles juridiques qui *limitent* le chef de l'Etat en ce qui concerne « la validité internationale » des déclarations de volonté émises en matière internationale ? C'est là, pouvons-nous dire, une discussion sur l'existence ou la non-existence d'un blanc-seing international. Le droit in-

(1) De là vient le devoir de communication, qui est parfois prévu par les traités ; comp. le traité de commerce entre le *Zollverein* allemand et la Sardaigne, du 23 juin 1845 (*Preuss. Ges. Sammlung*, p. 657 ; M. N. R. G., VIII, p. 336), art. 14, — en ce qui concerne les dispositions sur les papiers des navires.

ternational s'est-il contenté de poser un état de choses, dont la définition, partiellement formulée, doit être complétée par le droit interne, et, au cas d'affirmative, jusqu'où s'étend, sur le blanc-seing, l'espace laissé en blanc, que le droit interne peut remplir de ses règles ? Je crois qu'on attend de mon livre qu'il réponde à cette question, et je ne peux point, pour ce motif, ne point m'y arrêter. Mais je ne peux ni me livrer à une étude complète du problème, ni entrer dans une analyse approfondie de la littérature, qui est très riche (1)

Je pars du principe indubitable et qu'on a néanmoins très souvent perdu de vue, que seul le *droit international* peut décider des conditions, moyennant lesquelles un traité est « valable », — je peux faire abstraction ici des opérations juridiques unilatérales (2). Cela dépasse la capacité législative de *tout* Etat, d'attacher à ses actions ou aux actions des autres Etats une efficacité juridique pour les Etats. Ni la « validité » d'un traité, ni même la « validité » de sa propre déclaration de vouloir passer le traité, dans la mesure où celle-ci est une déclaration de volonté dans le domaine des relations internationales, ne peuvent être affirmées ou créées au moyen d'une norme du droit interne. Il n'est pas moins certain, d'un autre côté, que, *sur un point*, le droit international a, une fois pour toutes, signé un blanc-seing au droit interne : relativement à la fixation de ce qui doit être considéré comme déclaration de l'Etat de vouloir passer un traité ; plus précisément : relativement à la détermination des conditions, moyennant lesquelles la déclaration de volonté d'un ou de plusieurs individus doit être considérée comme la déclaration de volonté de l'Etat (3). C'est faire à cette question une réponse trop étroite et par suite erronée, que de

(1) La liste des ouvrages est dressée par exemple dans Ullmann, *Völkerrecht*, p. 149, n. 5 ; G. Meyer, *Deutsches Staatsrecht*, 4e édit., p. 598, n. 1 ; Laband, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 3e édit., I, p. 597, n. * . Histoire détaillée des opinions dans Seligmann, *Abschluss u. Wirksamkeit der Staatsverträge*, p. 39-145 ; v. aussi Wegmann, *Die Ratifikation von Staatsverträgen* Berlin, 1892, p. 54-81.

(2) C'est un fait tout à fait caractéristique qu'il y a encore quelques années on pouvait estimer que Tezner avait rendu un service particulier dans son article de la *Zeitsch. f. d. Priv. u. öff. Recht*, XX, p. 120 sq., en insistant vigoureusement sur le principe qui est énoncé au texte (Heilborn, *System*, p. 144, 161).

(3) Laband, *op. cit.*, I, p. 616 ; Beling, *Kritik. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgeb. u. Rechtswissenschaft*, XXXVIII, p. 610.

dire que le droit international laisse au droit étatique le soin de déterminer la *personne du chef de l'Etat*, et qu'il traite les déclarations de celui qui, d'après le droit interne, est le chef de l'Etat, comme des déclarations de l'Etat lui-même (1). Cela ne serait même pas exact pour les époques où on ne connaissait essentiellement dans les relations internationales que des Etats à constitution monarchique. Car même autrefois ce n'était point par une disposition arbitraire que le droit international considérait la déclaration du prince comme déclaration de l'Etat. Il ne faisait cela que parce que, d'après la Constitution de l'Etat, la volonté absolue du monarque équivalait à la volonté de l'Etat (2). Ici aussi donc, la règle du droit international était déjà un blanc-seing, lequel pouvait être rempli par *toute* règle de droit interne relativement à la capacité de représentation du chef de l'Etat. Par suite, le fait que la plupart des anciens Etats ont adopté maintenant la forme de la monarchie constitutionnelle ou la forme républicaine, et la formation de nouveaux Etats pourvus de Constitutions de ce genre n'ont en rien modifié ce principe (3). Il a seulement acquis une plus grande importance pratique par suite des limitations qui ont été imposées dans ces Etats au pouvoir exécutif relativement aux relations internationales. Notamment — et de cela on ne *peut* pas douter

(1) C'est ce que disaient la plupart des anciens internationalistes. La formule, d'après laquelle le chef de l'Etat a le *jus repraesentationis omnimodae* devait exprimer cette idée. D'une manière encore très sèche, v. Mohl, *Encyklopädie der Staatswissenschaft*, 2ᵉ édit., Tübingen, 1872, p. 212, 415 sq. Récemment, surtout Heilborn, *System*, p. 143 sq., qui est malheureusement empêché par ce point de vue inexact d'aboutir au résultat auquel devait le conduire sa démonstration des pages 151 sq. Je tiens pour complètement manquée sa théorie de la « compétence universelle » du chef de l'Etat en vertu du droit international. En sens contraire, Beling, *op. cit.*, p. 610.

(2) Ceci est reconnu aussi bien par Seligmann, *op. cit.*, p. 51, que par Heilborn, *op. cit.*, p. 151 sq.

(3) Il ne peut pas s'agir d'une *abrogation* de l'ancien principe du droit international, réalisée par le développement constitutionnel moderne (ainsi que Seligmann, *op. cit.*, p. 51 sq., le soutient à la suite de Wegmann, *op. cit.*, p. 61, n. 12) ; il ne peut s'agir que de savoir si l'ancien blanc seing du droit international a été rempli autrement par le droit interne nouvellement créé, *ou* si, *en outre*, une nouvelle règle juridique par blanc-seing, dont il va être immédiatement parlé au texte, a été formée. L'*ancienne* règle par blanc-seing ne *pouvait* absolument pas disparaître. — La polémique de Heilborn contre Seligmann (*System*, p. 151 sq.) est, en tant que telle, fondée, mais Heilborn lui-même méconnaît la nature de la règle de droit international, dont il nie qu'elle se soit modifiée.

— ces clauses constitutionnelles ont directement une signification internationale, dans la mesure où elles font dépendre de conditions déterminées la question de savoir si une déclaration de volonté émise en matière extérieure par un organe de l'Etat devient volonté de l'Etat lui-même. Quand la Constitution règle la « question de compétence », elle peut, par exemple, exiger que tout traité conclu soit approuvé par le Parlement, ou que tous les actes du gouvernement et donc aussi les déclarations internationales du chef de l'Etat, soient revêtus du contreseing ministériel (1), de telle sorte que, tant que la volonté du second organe ne s'est pas manifestée, la volonté du *premier* est incapable de former la volonté de l'Etat ; dans ces cas, aucune considération de nature juridique ou politique ne peut supprimer ce fait, que la volonté qu'a manifestée le représentant de l'Etat sans la collaboration exigée ne peut pas être considérée par le droit international comme volonté de l'Etat ; elle ne peut pas constituer une déclaration « valable » pour passer un traité (2). Certes, cette solution oblige le contractant à se renseigner lui-même, avant de conclure un traité avec des Etats à forme constitutionnelle limitée, sur des questions complexes du droit public constitutionnel de son cocontractant ; encore, court-il toujours le danger de se tromper, ou d'être trompé par les assurances du chef de l'Etat avec qui il contracte, — cela ne peut pas être nié (3). Mais nous avons vu que, dans ces limites, le droit international n'a nullement les mains libres. Et enfin, cet argument qu'on avance si souvent n'a cependant guère plus de poids que cet autre, à savoir, que, dans l'hypothèse inverse, les limitations de compétence en question seraient un jeu du législateur absolument dépourvu d'utilité, puisque, malgré tout, elles ne pourraient empêcher l'Etat d'être internationalement engagé par son chef. Au fond, les deux solutions du problème sont « fâcheuses » ; d'après l'une, l'Etat qui contracte avec un

(1) Sur la signification, en droit international, du contre-seing ministériel, qui est peu étudiée, v. d'une part, v. Holtzendorff, dans le H. H., II, p. 93, d'autre part, Geffcken sur Heffter, *Völkerrecht*, p. 196, n. 3.

(2) Exacts, Laband, *op. cit.*, I, p. 604 sq. ; Ullmann, *op. cit.*, p. 158.

(3) C'est pourquoi Tezner, *op. cit.*, p. 139, etc... (sans doute *de lege ferenda*), veut que seules les limitations « tout à fait liquides » apportées par le droit interne à la capacité des représentants puissent être prises en considération dans le droit international. Mais comme dans les cas concrets, on pourra discuter aussi bien sur la « liquidité » que sur l'existence de la limitation, je n'aperçois pas ce qu'on doit y gagner. Contre Tezner, Heilborn, p. 164.

Etat constitutionnel, d'après l'autre, la population de l'Etat constitutionnel lui-même ne sont pas garantis contre des surprises. Mais la question est précisément de savoir si, en fait, les clauses constitutionnelles que nous avons mentionnées ont ce sens, ou bien si elles ne constituent pas plutôt de simples *interdictions* aux gouvernants, sans édicter, au cas où ils violent cette interdiction, la « nullité » de l'acte — hypothèse qui n'est nullement inconnue en droit constitutionnel, — ou bien si peut-être elles ne veulent que décider de la validité des mesures qui doivent être prises par le gouvernement pour l'*exécution* du traité. On ne peut naturellement répondre à cette question que pour chaque Constitution en particulier. Il est aussi inexact de dire que le droit interne *doit* concevoir les limitations apportées par lui à la liberté de conclure des traités comme des limitations de compétence (1), qu'il est inexact de soutenir qu'aucune Constitution ne pourrait être comprise en ce sens (2). Je trouve aussi très risqué de parler, comme on l'a fait souvent, d'une présomption en faveur de l'une ou de l'autre des solutions de la question. *En tout cas*, on pourrait admettre cette présomption, que les Républiques et les Etats monarchiques modernes, basés sur le principe de la souveraineté du peuple, seront plus enclins à limiter la compétence de leurs gouvernants dans la matière en question, que les vieilles monarchies, qui sont passées de la forme constitutionnelle absolutiste au constitutionnalisme.

Notre sujet n'est point, par là, épuisé. Il peut se faire qu'en vertu d'une norme *particulière* du droit international des limitations apportées par le droit interne à la liberté de traiter, en dehors des limitations de compétence ou, comme on dit habituellement, des limitations de légitimation (*Legitimationsbeschränkungen*), aient été déclarées internationalement relevantes, — en ce sens qu'une déclaration de vouloir passer un traité, émise contrairement aux interdictions du droit interne, ou avant le complément exigé par le droit interne pour que le traité soit exécuté, ne doive posséder aucune efficacité internationale, ou n'en doive posséder provisoirement aucune, ou ne doive posséder qu'une efficacité internationale provisoire. Ce n'est

(1) Sur et contre cette opinion, v. Laband, *op. cit.*, I, p. 605 et n. 2, ainsi que les écrivains qu'il cite.

(2) Ainsi Wegmann, *op. cit.*, p. 82 sq.

point seulement « la validité » ou « l'invalidité » de l'acte étatique appréciée d'après le droit interne, mais — pour dire la chose brièvement — son accord ou son désaccord avec le droit interne qui serait un indice relevant de l'état de choses auquel le droit international attacherait la conséquence juridique de l'efficacité et de l'inefficacité de la déclaration de volonté. En ce cas encore, la décision ne peut être fournie que par le *droit international*. Ce qu'il faut examiner, ce n'est pas si la *Constitution de l'Etat* considère la sanction parlementaire comme une condition suspensive de la validité des traités, le refus de sanction comme une condition résolutoire de cette validité, mais s'il se trouve une *règle du droit international* qui, en renvoyant à ces normes du droit interne, déclare leur observation relevante au point de vue du droit international. Existe-t-il une règle juridique internationale de cette sorte (1) ?

Je réponds par la négative, et cela, pour un motif très simple. Je pars du fait ci-dessus démontré, qu'aucune règle du droit international ne peut se former que par une *Vereinbarung* entre Etats. Supposons provisoirement d'abord, pour simplifier, qu'il

(1) Plusieurs écrivains ont dit expressément ou ont senti que tout dépend de la démonstration de l'existence de cette règle du droit international. Mais la plupart en ont traité légèrement. Notamment, Gorius, *Annalen des deutschen Reichs*, 1874, sp. 768 sq. ; comp. *id.*, 1875, sp. p. 536 ; Seligmann, *op. cit.*, p. 49 sq. ; Wegmann, *op. cit*, p. 90 sq., qui veulent tirer du fait que les Etats constitutionnels ont introduit dans leur droit constitutionnel ces limitations la conclusion qu'il s'est formé un droit coutumier international qui a le contenu en question. On va bientôt démontrer qu'on doit conclure précisément le contraire des règles constitutionnelles dont nous nous occupons (contre cette opinion, v. Nippold, *Völkerrechtl Vertrag* ; p. 149 sq., et en particulier, Tezner, *op. cit.*, p. 125 sq., 131). Bornhak (*Preussisch. Staatsrecht*, III, Fribourg, 1890, p. 21) s'en tire encore plus simplement. Il pense que le droit international procède de l'hypothèse erronée, qu'il ne s'agit, dans la nécessité édictée par le droit interne d'une sanction parlementaire, que de l'indication des organes capables de traiter : c'est pour cela qu'il ajoute à cette exigence un effet international Mais cette fausseté du point de départ laisse intacte la validité juridique (!) du principe international. Le droit international « n'entre pas plus avant » dans le droit constitutionnel. — En outre, on a essayé de démontrer la nécessité de la règle internationale que nous cherchons, en la tirant de motifs internes. C'est à cela qu'aboutissent les explications de Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*, p. 348 sq. En sens contraire, surtout Seligmann, *op. cit.*, p. 56 sq., 125 sq. Spécialement, contre l'opinion d'après laquelle il est absolument impossible de conclure un traité, qui ne peut être exécuté qu'avec l'assentiment du Parlement, puisqu'il contient l'obligation d'accomplir une prestation impossible, Brie, *Archiv f. öff. R.*, IV, p. 39 ; Bornhak, *op. cit.*, p. 16, n. 3 ; Tezner, *op. cit.*, p. 139, n. 11, 170 sq.

ne s'agisse que des rapports juridiques existant entre des monarchies, autrefois absolues, maintenant limitées par une Constitution. La règle juridique, dont nous recherchons l'existence, ne pourrait remonter qu'à l'époque où ces Etats, ou, plus exactement, le premier d'entre eux, a modifié la forme de sa Constitution ; avant, il n'y avait aucune raison pour que cette règle fût admise. La règle aurait pu naître d'une *Vereinbarung* expresse : nous n'en connaissons aucune ; au contraire, nous possédons l'importante déclaration de Londres du 19 février 1831, aux termes de laquelle la validité perpétuelle d'un traité international est indépendante des modifications constitutionnelles qui sont introduites dans les Etats contractants (1) ; d'où l'on doit conclure sans hésitation que le droit objectif existant, dans lequel ne se trouvait encore aucune disposition relative au caractère international des interdictions édictées par le droit interne sur la conclusion des traités, ne devait pas être touché par des modifications de Constitutions. Nous devrions donc pouvoir trouver, dans quelque autre acte des Etats considérés, une *Vereinbarung* « tacite » relative à la prétendue règle. D'abord naturellement dans un acte des Etats dont la Constitution a limité la liberté, antérieurement illimitée, dont jouissaient leurs représentants dans les relations internationales. Certainement, leur déclaration unilatérale n'aurait pas été suffisante. Mais inversement, comme ces Etats sont ceux qui auraient tiré un avantage du principe de droit international à instituer, nous n'avons pas besoin d'étudier l'attitude des *autres* Etats, si nous ne trouvons chez eux aucun témoignage correspondant de leur volonté d'admettre une *Vereinbarung*. Or, leur conduite dénote précisément le contraire de ce que nous cherchons. Nous ne parlons pas ici (qu'on me permette de le rappeler encore) des Etats qui refusent, dans une certaine limite, à leur chef la *capacité* de créer par sa volonté la volonté de l'Etat de conclure un traité, mais de ceux qui, d'une manière moins radicale, lui interdisent seulement de conclure des traités relatifs à certaines matières, soit absolument, soit sans l'assentiment d'autres facteurs de la volonté de l'Etat, et qui l'empêchent d'exécuter les traités conclus contrairement à ces règles. Il résulte précisément de la circonstance qu'ils ont choisi ce second système, qu'ils ne pouvaient

(1) M.N.R., X, p. 197.

pas avoir la volonté de créer le soi-disant principe de droit international. Car cette volonté serait, sans aucun doute, sortie du désir de se garantir *absolument* contre le risque que des déclarations de volonté, dommageables à l'Etat, et faites en matière extérieure par un organe de l'Etat, engageassent en toutes circonstances l'Etat tout entier. Si on voulait atteindre ce but, il y avait un moyen très simple, absolument sûr, et qui ne pouvait être interdit par personne. On n'avait qu'à choisir le premier système, à savoir : limiter, entre les mains du chef de l'Etat, la « capacité de traiter » en tant que telle, ou la lui retirer (1). Cela aurait eu en toutes circonstances, comme nous l'avons vu, un effet international. Mais précisément parce que cela ne s'est pas produit, nous pouvons en conclure qu'on s'est contenté d'une garantie seulement *relative* ; on la puisait dans l'espoir que le prince observerait d'autant mieux les limitations constitutionnelles, qu'il ne pouvait finalement pas se passer — du moins dans une large mesure — de la collaboration du Parlement pour l'application législative des traités (2). Nous aboutissons ainsi au résultat suivant : le droit international ne considère indubitablement *pas* comme déclaration de volonté de l'Etat la déclaration de volonté d'une personne qui se présente comme représentant de l'Etat, si, dans le cas particulier, d'après les dispositions de la Constitution de l'Etat, la volonté de cette personne n'est pas capable d'émaner la volonté de l'Etat. A l'inverse, si une personne, qui peut *légitimement* représenter l'Etat d'après le droit interne, émet des déclarations, celles-ci ont toujours une efficacité *absolue* d'après la règle « générale » du droit international (3), — même si les

(1) Wegmann (*op. cit.*, p. 91) demande de quelle manière le désir de la Constitution, que l'Etat et le peuple ne doivent être engagés en certains cas qu'avec l'assentiment des Chambres, pourrait être mieux exaucé, que si on accorde une efficacité internationale à ces clauses de la Constitution. Réponse : l'intention serait, encore mieux réalisée si on limitait la *légitimation* du chef de l'Etat, ce que, d'après Wegmann (v. ci-dessus, p. 237, n. 2), les Constitutions *n'ont pas pu* vouloir !

(2) Pour les Etats qui possédaient déjà un régime constitutionnel, lorsqu'ils entrèrent dans la « communauté internationale », la démonstration correspondante n'est pas difficile à mener. V. aussi Heilborn, *System*, p. 155 sq. (il utilise cependant encore sa conception fondamentale qui est, à mon avis, erronée).

(3) On sait que parfois, lors de la ratification d'un traité, on subordonne l'efficacité de celui-ci à la sanction parlementaire encore en suspens ou à la législation d'application. Et que cette subordination soit expressément

conditions du droit interne ne sont pas réalisées, sans lesquelles le représentant ne *doit* pas agir à l'extérieur ou ne *peut* pas assurer à l'intérieur l'exécution légale d'une obligation internationale (1).

Aussi simplement se résout la question de savoir quelle efficacité doit être reconnue aux déclarations de volonté émises par des Etats, qui sont constitutionnellement limités, *dans leur totalité*, en ce qui concerne les négociations et les tractations internationales. *Constitutionnellement* : ne rentrent pas dans cette catégorie les Etats qui, pour des raisons *de droit international*, parce que, par exemple, ils sont soumis à un Etat protecteur qui contrôle l'ensemble de leurs relations extérieures, ou parce qu'ils appartiennent à une union d'Etats, de quelque nature qu'elle soit, sont entravés dans leur liberté de manifester leur volonté à l'égard des autres Etats ; pour ces Etats, la question qui se pose n'est pas celle des rapports entre le droit international et le droit interne, mais celle des rapports entre différentes règles du droit international ou différentes opérations juridiques internationales, et cette question ne doit pas être examinée ici (2). Seul, dans ce paragraphe, nous intéresse l'*Etat fédéral, composé* d'Etats-membres.

La liberté internationale de l'Etat fédéral est soumise à une double limitation : l'Etat central et l'Etat-membre sont, dans une mesure déterminée, constitutionnellement limités, et tous deux

prévue, cela est précisément un argument en faveur de l'opinion qui considère que, d'après les règles générales, le droit international se désintéresse de l'absence de ces conditions du droit interne. S'il en était autrement, la disposition serait superflue. V. du reste, § 12, III.

(1) Nippold, *op. cit.*, p. 112 sq., not. p. 143 sq. aboutit au même résultat. Mais sa démonstration, pleine de contradictions internes, manque complètement d'assise. Contre cette démonstration, v. les observations très justes de Heilborn, *System*, p. 149 sq.

(2) Pour la même raison, je peux laisser de côté la question de savoir quelle signification présentent, en droit international, les limitations imposées aux *Etats vassaux* par leur suzerain en ce qui concerne leurs relations internationales. Car, ainsi qu'on l'a remarqué plus haut (p. 168), il s'agit *en fait*, dans les rapports entre suzerain et vassal, de rapports basés sur des traités, on peut bien dire de rapports internationaux. D'ailleurs, on rencontre en général ici des *Vereinbarungen* spéciales. Pour dire au moins ceci, on reconnaît unanimement en substance que ces limites imposées à l'Etat vassal endiguent aussi sa capacité internationale. On admet d'autant plus cela, que le suzerain, quand il établit ces limites, est le plus souvent lié par ses propres obligations vis-à-vis d'Etats tiers.

par la même Constitution, la Constitution fédérale : l'Etat fédéral en faveur de l'Etat particulier, et inversement. D'autre part, ce point est réglé d'une façon variable dans les différents Etats composés ; pas n'est besoin d'entrer dans les détails. Or il ne peut s'élever aucun doute sur la question de savoir en quel sens la Constitution fédérale comprend cette limitation. Il serait inconcevable qu'elle n'ait voulu édicter que la défense de réaliser une volonté par ailleurs considérée comme valide, défense dont la violation entraînerait tout au plus une responsabilité intraétatique, ou qui s'expierait par l'impossibilité de faire des actes législatifs ou exécutifs conformes au droit international. Ce qui n'offrirait aucune difficulté dans un Etat unitaire, du moins dans les monarchies qui comptent avec de vieilles traditions, livrerait par suite d'une simple clause constitutionnelle d'une part l'Etat particulier à l'arbitraire de l'Etat fédéral, d'autre part celui-ci au danger d'être anéanti par en bas. Dans la doctrine, on est en substance d'accord, autant qu'il me semble, pour reconnaître que ces règles constitutionnelles voulaient toutes édicter et ont réellement édicté des *limitations de compétence,* en ce sens que les déclarations faites hors de ces limites par l Etat fédéral ou l'Etat-membre sont « nulles » (1). Il va de soi que la Constitution de l'Etat ne décide rien et ne peut rien décider sur la signification *internationale* de ces actes. Mais il n'est pas moins clair que le droit international, d'après le principe général qui a été ci-dessus établi, *doit* considérer comme relevantes ces règles du droit étatique. Ce n'est point en vertu d'un principe juridique nouveau, provoqué peut-être par l'apparition des Etats composés, ou qui résulte tacitement de la reconnaissance de la part des autres Etats (2). J'estime qu'il n'y a pas de motif pour une création juridique de ce genre. Si on regarde les choses de plus près, on voit qu'il s'agit simplement ici de l'application du vieux principe, d'après lequel le droit interne décide de la « légitimation » (au sens maintenant défini) des

(1) Jellinek, *Staatenverbindungen*, p. 308, dit avec raison : la Constitution fédérale forme, sous ce rapport, la « limite absolue de la capacité d'agir de l'Etat-membre ».

(2) Ainsi, Heilborn, p. 158 : « La limitation... repose sur une raison de droit international : sur la formation de l'Empire allemand, en tant que personne internationale, sur la reconnaissance qui lui est échue en cette qualité de la part des autres Etats. » Jellinek (*loc. cit.*) parait penser la même chose.

*organes* de l'Etat pour les déclarations de volonté internationales, d'après lequel seule la volonté des organes « compétents » est aussi volonté de l'Etat dans les relations internationales. Car, dans tel cas particulier, la déclaration de l'Etat (dont il s'agit d'apprécier l'efficacité internationale) ne pourrait se manifester que par la bouche d'un organe de l'Etat. Mais la compétence nécessaire manquerait à cet organe, parce que l'organe ne peut pas être compétent pour émettre une déclaration, que l'Etat lui-même est, de par la loi, incapable d'émettre. Dans notre hypothèse donc, la légitimation des organes fédéraux et des organes de l'Etat-membre est juridiquement refusée aux uns comme aux autres, par le droit fédéral, que violerait un droit interne contradictoire (1).

Deux points nécessitent cependant une explication spéciale. On se demande d'abord quelle influence l'entrée d'un Etat dans un Etat fédéral et sa soumission à la Constitution de cet Etat exercent sur la permanence juridique des traités conclus *auparavant* entre cet Etat-membre et les puissances qui ne font pas partie de l'Etat fédéral. Il ne s'agit naturellement pas des traités dont l'existence s'accorde avec celle des rapports fédéraux, avec la subordination constitutionnelle des Etats-membres par rapport à la puissance fédérale, et avec la réglementation des compétences édictée par l'Etat fédéral ; il s'agit des traités qui sont en contradiction avec tout cela, c'est-à-dire de ceux qui, depuis qu'existent les liens fédéraux, n'auraient pas pu être conclus — que cette « contradiction » existe depuis le commencement ou n'apparaisse qu'au cours du temps, par suite d'une modification du droit fédéral. On se demande ensuite ce qu'il advient de la validité des traités conclus par les Etats-membres depuis qu'existent les liens fédéraux, sur des matières rentrant dans la compétence constitutionnelle de ces Etats, qui sont donc indubitablement *au début* valables, quand les matières sur lesquelles roulent ces traités sont *enlevées* à la compétence des Etats-membres, soit par suite d'une modification de la Constitution, soit parce que l'Etat fédéral s'était réservé ces matières, qu'il avait jusqu'alors abandonnées aux Etats-membres. Sans aucun doute, *dans les deux cas*, l'Etat-membre se trouve désormais dans

(1) La doctrine est complètement d'accord sur ces résultats, quoiqu'elle ne le soit pas sur leur fondement. Seul, v. Mohl, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, p. 301 sq., n'est pas tout à fait clair.

l'impossibilité d'accomplir son devoir international, même si ce devoir reste intact en lui-même. Le *droit interne* élaboré dans l'Etat-membre en conformité des traités devient caduc au moment même où il se trouve en contradiction avec la volonté législatrice de l'Etat fédéral (1) ; — par là, la prestation, si elle consiste dans le maintien de la loi, deviendrait impossible, — et l'acte de l'exécutif qui serait en opposition avec la volonté fédérale serait interdit et nul. Néanmoins, cela ne prouve nullement que l'*étranger* a perdu les droits qu'il tient du *traité*. Il faudrait préciser ce point plus qu'on ne le fait habituellement.

Je ne crois pas qu'on doive apprécier les deux cas de la même manière (2). Commençons par le deuxième et parlons seulement, pour simplifier, de l'Empire allemand, qui est d'ailleurs peut-être le seul Etat pour lequel le problème ait une grande importance pratique.

Si un Etat-membre contracte, depuis la fondation de l'Empire, avec un Etat non-allemand, il ne *peut* jamais le faire que sous réserve de ne pas préjudicier par là aux droits de l'Empire dans l'avenir. Il ne peut pas faire autrement : j'entends par là que la compétence de conclure des traités ne lui a été laissée *dès le début* qu'avec cette limitation. S'il donnait à son cocontractant l'assurance de maintenir malgré tout le traité, quelque volonté que puisse par la suite manifester l'Empire, cette garantie serait, dès le début, « nulle ». La promesse *sortirait* de sa compétence. *Dans la mesure* donc où un engagement sans réserve de l'Etat-membre contiendrait une promesse de cette sorte, *dans cette même* mesure cet engagement serait dès le début entaché de l'imperfection, qu'on peut exprimer positivement (ce qu'on fait d'habitude) de la façon suivante : chaque fois qu'un Etat-membre donne une garantie, il la donne sous cette réserve, qui va de soi. D'où il résulte, — d'après le principe ci-dessus posé — que le traité perd, d'après le droit international, son efficacité, dès qu'on se trouve dans un cas réservé (3).

(1) Complètement exacts : Laband, *op. cit.*, I, p. 638 ; Proebst, *Annalen des deutschen Reichs*, 1882, p. 252 ; v. Martitz, *Die Verträge des Königreichs Wurttemberg über internationale Rechtshilfe*, Tübingen, 1889, p. 8 sq. ; Petersen, *Jurist. Zeitschr. f. Els.-Lothr.*, VI, p. 327 sq.

(2) Ils sont la plupart du temps confondus en doctrine. V. cependant les écrivains mentionnés à la note 1 de la p. 245.

(3) Sur ce point, il y a un accord presque complet.

En ce qui concerne les traités conclus *avant* la fondation de l'Etat fédéral, il n'y a unanimité ni dans la doctrine (1) ni dans la pratique (2) ; il me semble cependant qu'il en va autrement.

(1) v. Pözl, *Lehrbuch des bayr. Verfassungsrechts*, 5e édit., Munich, 1877, p. 463, soutient que toute disposition prise légalement par l'Empire en matière de rapports internationaux entraîne l'annulation de tous les « anciens traités conclus par les Etats particuliers ». De même, Tinsch, *Das Recht der deutschen Einzelstaaten bez. d. Abschlusses völkerrechtl. Verträge* (Thèse), Erlangen, 1882, p. 56 ; v. Stengel, *Staatsrecht d. Königreichs Preussen*, Fribourg et Leipzig, 1894, p. 570, n. 1 ; Petersen, *op. cit.*, p. 372 sq. Au contraire, la *validité* internationale des traités conclus par les Etats-membres avant la fondation de l'Empire, malgré leur incompatibilité éventuelle avec des normes de l'Empire, est admise par Proebst, *op. cit.*, p. 12 ; G. Meyer, *Deutsches Staatsrecht*, 4e édit., p. 212, n. 14 ; Bornhak, *op. cit.*, III, p. 5 sq. (il use cependant de la formule inexacte suivante : l'Empire ne « pourrait » pas faire des lois ni conclure des traités contradictoires) ; Gaupp, *Civilprozessordnung f. d. Deutsche Reich*, 3e édit., I, p. 13 sq., II, p. 318 (mais avec une généralisation fausse ; v. cependant du même *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, Fribourg et Leipzig, 1895, p. 182, n. 2), v. Martitz, *op. cit.*, p. 8 ; enfin, si je le comprends bien, Trieps, *Das deutsche Reich und die deutschen Bundesstaaten*, Berlin, 1890, p. 216 sq. — Laband, en tant qu'il s'agit des traités dont nous parlons *ici*, n'entre pas dans la question de droit international. Ses observations (*op. cit.*, p. 638, n. 4) en ce qui concerne les rapports avec l'étranger, ne s'appliquent qu'aux traités conclus depuis l'établissement de la Constitution d'Empire.

(2) Le tribunal d'Empire, s'est prononcé pour le maintien de la validité des traités, dans sa décision au vol. XXIV des *Entsch. f. Civils.*, p. 12 sq. En sens tout à fait inverse, *Entsch. f. Civils.*, III, p. 75. Le jugement reproduit dans les *Entsch. f. Strafs.*, IV, p. 272, dit, d'une façon absolument exacte, que les dispositions des traités empiétant sur le domaine de la législation, en ce qui concerne leur force obligatoire « comme normes juridiques pour l'intérieur », peuvent être, d'après les règles générales, modifiées et supprimées par la loi fédérale ; mais il laisse expressément sans solution la question de droit international : « sans préjudice de la question de savoir quelles conséquences doivent résulter de cela dans les rapports d'Etat à Etat ». — De l'attitude de la *législation fédérale* elle-même, on ne peut, à mon avis, tirer aucune conclusion. L'Empire a certes très fréquemment ménagé avec beaucoup de soin les anciens traités de ses membres ; Comp. par exemple Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, art. 51, § 2 ; loi fédérale du 5 juin 1869, concernant les franchises de port, § 12 ; règlement d'Empire sur l'industrie, § 31, al. 3 ; loi d'organisation judiciaire, § 14, n° I (sont admis comme tribunaux spéciaux les « tribunaux pour la navigation sur le Rhin et les tribunaux compétents en matière de droits de douane sur l'Elbe, qui reposent sur des traités internationaux ») ; loi d'introduction au code civil, art. 56. Mais la plupart de ces lois visent en même temps les arrangements conclus *après* la fondation de l'Empire, qu'elles n'étaient point forcées de respecter, de sorte qu'on n'aperçoit pas si le respect des anciens traités n'est pas seulement aussi une mesure de courtoisie ou quelque chose de semblable. D'ailleurs, si l'Empire considérait le maintien des anciens traités comme allant de soi, il eût

C'étaient naturellement au début des traités valables. Une réserve, correspondant à celle qui doit être admise dans la première catégorie, ne leur a pas été ajoutée lors de leur conclusion, et ne peut pas leur être attribuée. Doit-il résulter de cela qu'ils ont cessé, en tant que tels, d'exister, dès lors qu'ils ne peuvent plus être exécutés ? Je ne connais pas une règle « générale » du droit international, d'où on puisse tirer cette conclusion ; car il vaut mieux laisser tout à fait de côté la *clausula rebus sic stantibus*. Par suite, il faudrait une *Vereinbarungen* particulière, passée soit par l'Empire, soit par les Etats-membres avec les Etats intéressés. Cela a souvent eu lieu. Mais, d'une façon générale, cela ne s'est produit que dans des cas où l'Etat fédéral a réglé, en concluant lui-même des traités, la matière qui jusqu'alors était réglée par les traités qu'avait passés son Etat-membre avec l'étranger ; dans tous ces cas, ou bien il a convenu que les anciens traités des Etats-membres cesseraient d'être appliqués *concurremment* avec le traité de l'Empire (1), ou bien il s'est *substitué* dans le traité à l'Etat-membre (2). Mais sans cela,

été plus naturel qu'il se tût. C'est ainsi du reste qu'on a motivé le fait qu'on n'a pas mentionné certains traités des Etats-membres, par exemple, lors de l'élaboration de la loi d'organisation judiciaire (*Drucks. d. Reichstags, 2. Leg.-Per. II. Sess. 1874/75*, I, n. 4, p. 214), tandis qu'au contraire les *protocoles* de la deuxième lecture du projet de Code civil (p. 8780 sq.) expliquent la réserve insérée dans la loi d'introduction (aujourd'hui art. 56), en disant que le maintien des traités ne se comprend pas du tout de lui-même (*Drucks. d. Reichstags, 9. Leg.-Per. IV Sess. 1895/97*, II, n° 87 sq., p. 3).

(1) Ainsi, nombreux traités d'extradition de la Confédération de l'Allemagne du Nord et de l'Empire allemand, p. ex., avec la Belgique du 9 février 1870 (*R. G. Bl.*, p. 53), art. 11, § 2 et du 24 décembre 1874 (*Id.*, 1875, p. 73), art. 17, § 2, avec l'Italie du 31 octobre 1871 (*Id.*, p. 446), art. 16, § 2, avec la Suisse du 24 janvier 1874 (*Id.*, p. 446), art. 16, § 2, avec la Suisse du 24 janvier 1874 (*Id.*, p. 113), art. 16, § 2, avec la Suède-Norvège du 19 janvier 1878 (*Id.*, p. 110), art. 15, § 2, avec l'Espagne du 2 mai 1878 (*Id.*, p. 199), art. 18, § 1, etc.... V. aussi le traité avec l'Autriche-Hongrie sur le visa des documents officiels du 25 février 1880 (*Id.*, 1881, p. 4), art. 6, § 2 ; le traité d'établissement avec la Suisse du 27 avril 1876 (*Id.*, 1877, p. 3), art. 11, § 2, etc..

(2) V. p. ex. la déclaration du 11 janvier 1872 entre l'Empire et les Pays-Bas (*R. G. Bl.*, p. 67) ; le traité de commerce avec la Turquie du 26 août 1890 (*Id.*, 1891, p. 117), art. 24, etc... Il ne s'agit pas ici d'une *adhésion* au traité, mais d'une *substitution* de l'Empire à l'Etat-membre dans le rapport régi par le traité : cela a été particulièrement souligné à l'occasion de l'entrée de l'Empire dans le quintuple traité du 20 décembre 1841 (*R. G. Bl.*, 1880, p. 100. *Drucks. d. Reichstags, 4. Legislaturperiode, II. Session 1879*, III, n. 160, p. 9). — Pour maints traités des

je ne vois effectivement pas d'où on pourrait conclure que l'Etat étranger, investi de droits par un traité de ce genre, consent à délier le débiteur de son obligation. Serait-ce de ce qu'il a reconnu l'Etat composé en tant que tel ? Je ne pense pas qu'on doive interpréter ainsi cette reconnaissance. On pourra bien certes tirer de la reconnaissance de l'Etat fédéral par des tiers cette conséquence qu'ils renoncent aux droits qu'ils tiennent de ceux des traités passés avec les Etats-membres, dont le maintien signifierait en soi un préjugé contre l'existence, l'intégrité ou la sûreté de l'Etat fédéral (1). Mais conclure de ce qu'un Etat reconnaît un Etat fédéral nouvellement créé, qu'il entend par là une fois pour toutes consentir à ce que cet Etat fédéral supprime, quand il lui plaît, en vertu de sa superposition au-dessus des Etats-membres, toutes les obligations internationales de ceux-ci : cela me paraît absolument inadmissible. Dans le droit international non plus, on ne doit pas présumer les renonciations (2). Ajoutez à cela que nous possédons des témoignages, desquels il résulte que l'étranger lui-même n'a pas pensé à une renonciation de cette sorte. J'accorde peu de poids aux décisions très connues des cours étrangères (autrichiennes, suisses, françaises) qui ont toutes admis le maintien de certains vieux traités des Etats-membres en matière d'assistance juridique et de faillite, à côté des règlements de l'Empire sur la procédure civile et la faillite (3) ; car, — abstraction faite de la ques-

Etats-membres, l'Empire s'est substitué à ceux-ci par une *Vereinbarung* tacite ; il en a été ainsi pour beaucoup de traités consulaires (comp. Thudichum, *Verfassungsrecht des Norddeutschen Bundes*, Tübingen, 1870, p. 276 sq. ; Zorn, *Annalen des deutschen Reichs*, 1882, p. 416 ; Goes, *id.*, 1897, p. 503). Au sujet des cartells prussiens sur les déserteurs, v. d'une part, v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, I, p. 248, d'autre part, Lammasch, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, p. 365 ; Delius, *Böhm's Zeitschrift*, III, p. 124.

(1) Dans cette catégorie, rentrent les traités, dont l'exécution conduirait nécessairement à la séparation d'une partie du territoire fédéral (Wismar, Lusace). Cela ne va pas cependant absolument de soi : l'opinion contraire est défendue, p. ex., par B. Schmidt, *Ueber einige Ansprüche auswärtigen Staaten auf gegenwärtiges deutsches Reichsgebiet*, Leipzig, 1894, p. 37 sq., 48 sq. Du reste, la manière dont il solutionne la question n'est pas admissible ; j'y reviendrai.

(2) Ullmann, *op. cit.*, p. 174.

(3) Comp. *Entsch. des K. K. Obersten Gerichtshofes in Civils.*, VI, p. 86 ; décision du tribunal fédéral suisse, du 30 janvier 1892 (*Böhm's Zeitschrift*, II, p. 502 sq.) ; décision du tribunal supérieur de Zurich (*Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts*, IV, p. 44), et les jugements rendus par les tribunaux français énumérés dans Gaupp, *op. cit.*, II, p. 318,

tion de savoir quelle importance il faut leur accorder — la plupart d'entre elles concluent au maintien des traités, quand elles croient devoir donner des motifs, en s'appuyant sur la volonté présumée de l'Empire. Mais nous avons recueilli des déclarations de gouvernements étrangers sur cette matière. Ainsi, par exemple, le département de la justice et de la police du *Bundesrath* suisse répond à une question sur cet objet par le renseignement réfléchi suivant : il ne doute point que les anciens traités consulaires passés avec les Etats particuliers allemands ne subsistent, puisqu'aucun traité ne les a abrogés (1). Je crois que ces déclarations ont une grande valeur pour notre question.

## III

Je veux encore brièvement, et seulement pour épuiser le programme ci-dessus tracé (2), démontrer que le droit interne et le droit international peuvent avoir des rapports réciproques, en ce sens que l'un applique des *concepts*, auxquels l'autre a donné une certaine organisation. Cela n'a naturellement une importance particulière que lorsque la source juridique, au lieu d'imprimer à un concept une empreinte personnelle, l'utilise précisément dans le sens que lui a donné l'autre source (3) ; d'où résulte encore et toujours cette double possibi-

n. 10. Sur la doctrine étrangère, v. Blumer-Morel, *Schweiz. Bundesstaatsrecht*, 2e édit., II, 2, p. 521 sq.

(1) V. compte rendu du *Bundesrath* pour 1881, Journal officiel de la Confédération suisse, 1882, II, p. 739 ; v. aussi Salis, *Schweiz. Bundesrecht*, I, Berne, 1891, p. 448.

(2) P. 160 sq.

(3) Quand, par exemple, une loi sur les fonctionnaires parle des ambassadeurs et « autres agents diplomatiques » (v. loi prussienne du 21 juillet 1852, § 87, n. 2), il est particulièrement important, pour résoudre la question de savoir si on doit comprendre les consuls parmi ces agents, d'examiner si « les lois prussiennes contiennent des passages, qui donnent un point d'appui suffisant pour interpréter l'expression ». Comp. *Entsch. des Preuss. Obertribunals*, LXII, p. 231 sq., particulièrement, p. 237. Le fisc avait soutenu dans cette affaire, qu'on ne peut pas interpréter la loi « sans s'en référer au droit international ». C'est encore plus naturel, quand la loi applique des « concepts sociaux » généraux qui jouent aussi un rôle dans le droit international, par exemple, les « contributions » ou les « contributions de guerre » (*Preuss. Allg. Landrecht*, I,21, § 562 ; II, § 180 ; *Preuss. Allg. Gerichtsordnung*, I, 50, § 425, comp. *Entsch. des Obertribunals*, I, p. 72 sq.).

lité, ou bien qu'une source veuille tirer un blanc-seing qu'il sera loisible dans l'avenir à l'autre source de remplir, ou bien qu'elle veuille comprendre une fois pour toutes le concept « reçu » exactement de la même façon que le comprend, au moment de la réception, le système juridique étranger. Cela peut être d'une importance pratique considérable, qu'elle adopte l'un ou l'autre parti. Il ne peut jamais s'agir, dans notre hypothèse (et cela n'a pas besoin d'un plus long développement), que d'une règle juridique expressément formulée ; de plus, en ce qui concerne le *droit international*, cette règle est toujours contenue dans une *Vereinbarung* internationale ; par suite, notre question ne pourra pas se poser lors du renvoi *du droit interne* à des concepts *du droit international*. Car le renvoi se rapporte ici ou bien à un « traité » *déterminé* : alors, il est clair qu'il se fond dans le traité (1) ; ou bien, il se rapporte à des traités en général ; alors, il va de soi qu'il veut présenter un blanc-seing à tout traité ultérieur, afin qu'il le remplisse. Mais cela va moins de soi, quand il s'agit de renvois faits par des *Vereinbarungen internationales* à des concepts de droit interne. Un traité parle, par exemple, de « commerçants » ou de « membres de la diète », etc... Peut-être doit-on penser, d'après le traité, qu'il veut attacher à ces mots un sens déterminé. Mais si, pour déterminer le concept, il s'en rapporte ouvertement au droit interne des Etats contractants, on peut se demander s'il a en vue ce droit, quelles que soient les modifications qu'il subira, ou bien ce droit tel qu'il

(1) Naturellement, le cas où ceci se présente le plus clairement est celui où l'Etat publie un traité international dans l'intention de créer par là le droit interne conforme au traité. D'ailleurs, il est toujours certain dans ce cas que le législateur veut attribuer aux mots qu'il emploie le sens que le traité leur attache. Quand, par exemple, un traité d'extradition parle de « délit », on entend régulièrement par là tout délit, et le traité « en tant que loi » n'emploie pas le mot au sens étroit, qui lui appartient d'après le code pénal. Comp. *Entsch. des Reichsgerichts in Strafs.*, XXVII, p. 126. — Je peux peut-être remarquer qu'aux cas ci-dessus analysés (p. 224 sq.) dans lesquels la règle de droit étatique décide de l' « exterritorialité » ou de quelque autre chose semblable, il n'y a pas seulement là la « réception » de concepts internationaux que nous traitons ici. Il y a plutôt, par suite de l'introduction du concept dans la matière réglée, un blanc-seing, qui doit être rempli par une *règle indépendante* du droit international. Il en est de même pour les règles correspondantes du droit international. Mais on peut peut-être dire : dans un cas, il y a renvoi à des règles indépendantes, dans l'autre, à des règles « qui développent des concepts » (*begriffsentwickelnde Rechtssätze*) tacites ou expresses.

se comporte à l'époque du traité (1). Je ne crois pas avoir besoin de m'occuper davantage de ce sujet

(1) Cela peut être douteux pour le renvoi à des règles juridiques indépendantes. Comme on le sait, il est important en pratique de savoir si le traité d'extradition, qui fait dépendre l'existence du devoir d'extrader, du fait que l'action est punissable d'après le droit de l'Etat sollicité, a en vue par là le droit pénal en vigueur à l'époque de la conclusion du traité ou celui qui est en vigueur à l'époque de la demande d'extradition. Comp., tout récemment, Delius, *Böhm's Zeitschrift*, II. p. 1 sq. ; Lammasch, *Revue générale*, III. p. 5 sq. ; v. Martitz, *Internationale Rechtshilfe*, II, p. 65 sq.

CHAPITRE III

# Les rapports entre les sources juridiques.

§ 10

## Recherches fondamentales.

Notre sujet ne nous a fourni qu'un mince butin, lorsque nous l'étudiions dans le but de déterminer les relations qui existent entre le droit interne et le droit international au point de vue du *contenu de leurs règles*. Si les recherches que nous avons faites jusqu'à maintenant prétendent présenter un intérêt général, c'est-à-dire un intérêt qui ne consiste pas seulement dans la valeur que présentent des solutions, incidemment trouvées, de questions particulières, elles ne peuvent élever cette prétention qu'en se basant sur les résultats négatifs auxquels nous sommes parvenus. Nous avons trouvé, notamment, que l'action exercée par les deux systèmes juridiques l'un sur l'autre ne se manifeste qu'en une étroite mesure sous la forme d'une donation ou d'une réception ; qu'une admission du droit interne, en particulier du droit privé, dans la sphère du droit international, du moins de nos jours, ne se produit pas ; que dans l'hypothèse inverse, des différents systèmes juridiques un seul est susceptible de recevoir du droit international dans une mesure appréciable : c'est la Constitution de l'Etat composé. Et même là, la démonstration de cette admission nous a offert un intérêt plus historique que pratique.

La deuxième question que nous nous sommes posée, à savoir, l'examen des rapports réciproques des deux *sources juridiques*, sera, si je ne me trompe, beaucoup plus productive. Point n'est besoin ici de courir après la matière. Même, le sujet, qui s'offre

à nous de toutes parts, est si étendu, que nous aurons beaucoup de peine à le dominer. Et j'espère que les résultats n'auront pas seulement un caractère théorique. Certes, le gain en sera moins pour le droit international que pour le droit étatique. Mais, pour celui-ci, la démonstration de sa connexion avec le droit international ne présente pas un mince intérêt, — en ce qui concerne la validité, le contenu, l'application.

De quelle nature sont les rapports qui règnent entre la source du droit international et la source du droit interne ?

## I

Il faut établir, en premier lieu, comment ne peuvent *pas* être constitués les rapports réciproques de nos sources. La voie nous a été largement ouverte par les recherches détaillées du chapitre premier. Nous avons prouvé que le droit international et le droit interne non seulement existent côte à côte comme systèmes juridiques particuliers, mais encore qu'ils sont destinés à régir des relations, des *rapports sociaux différents*.

Si cela est exact, il est d'abord inconcevable — ainsi que nous l'avons déjà brièvement indiqué — qu'entre les deux sources puisse jamais naître un rapport de *concurrence*. Il est impossible qu'elles veuillent jamais toutes deux régir le même fait. Il est donc impossible qu'un principe de l'un de ces systèmes juridiques entre en *conflit* avec un principe de l'autre. Et cela présente une grande importance à plusieurs points de vue.

C'est important, d'abord, pour tous les individus soumis aux lois d'un Etat. Ils ne sont jamais, comme nous l'avons vu, et sous aucun rapport, gouvernés par les normes du droit international. Le droit international ne leur accorde des droits d'aucune sorte, ne leur adresse aucun ordre, aucune interdiction. Par suite, et ceci est le plus important, leurs devoirs vis-à-vis de leur Etat ou de leurs concitoyens ne peuvent jamais être opposés à des devoirs internationaux (1) ; car ils n'ont pas de ces devoirs.

(1) Si le droit étatique se trouve en « contradiction » avec le droit international, c'est-à dire s'il est tel qu'il ne devrait pas être d'après le droit international, et si le droit international (et non point le droit interne) se trouve d'accord avec la morale dominante, dans ce cas, un conflit peut naître pour le particulier : doit-il obéir à l'Etat ou aux exigences de sa conscience. Mais il n'y a point là un conflit entre droit et droit.

En particulier le juge national échappe ainsi au tourment de choisir si, dans tel cas déterminé, il doit appliquer le droit international ou le droit interne au litige qui lui est soumis. Il m'est encore permis de ne point solutionner la question de savoir si et dans quelle mesure il est loisible au tribunal national de juger d'après le droit international (1). J'admets provisoirement que cela peut arriver. Mais jamais le juge n'est importuné par des doutes sur le point de savoir si un seul et même fait doit être soumis à l'un ou l'autre droit.

On doit aussi repousser la pensée qu'il existe quelque part entre les deux sources un rapport de *subsidiarité*. Il n'y a subsidiarité, ni lorsque la source du droit international décide que ses règles ne régiront certains rapports que quand le droit interne est muet (2), ni dans les cas où le droit interne ne doit être appliqué qu'à défaut de normes internationales. Les faits que l'un de ces droits régit ou pourrait régir sont, dans tous les cas, soustraits à l'empire de l'autre. Il est inexact, par suite, de soutenir, par exemple, que le juge de chaque Etat doit appliquer, à titre de droit *subsidiaire*, le droit privé international « superétatique », les normes d'application internationales, quand l'Etat n'a rien décidé de contraire (3). Car les « normes d'application » *internationales*, en tant que telles, ne sont pas susceptibles d'une application immédiate par le tribunal national. Ce sont, dans la mesure où elles existent, des règles juridiques pour l'*Etat*, qui incitent celui-ci à *créer* des normes d'application pour le juge. Cette erreur repose sur l'ancienne confusion entre le droit international et le droit interne conforme au droit international, jointe à une méconnaissance de l'essence de la subsidiarité. Il y a, en effet, dans tout système juridique étatique, ainsi que nous aurons bientôt à l'expliquer plus en détail, un bon nombre de règles, qui cons-

(1) V. ci-dessous, § 18.

(2) Ainsi, par exemple, Strisower, *Oesterreich. Staatswörterbuch*, I, Vienne, 1895, p. 424 : « Les principes du droit international (sur l'exterritorialité des ambassadeurs)... s'appliquent, d'après leur nature, à *titre subsidiaire* dans les différents Etats. » — Il est aussi inadmissible de donner au droit interne, en tant que droit *particulier*, le pas sur le droit international, en tant que droit *général* ; ainsi, Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 63.

(3) Ceux qui considèrent le droit privé international, etc .. comme faisant partie aussi bien du droit international que du droit interne doivent naturellement admettre quelque chose de semblable (v. ci-dessus, p. 24).

tituent du droit *non établi* (*ungesetzt*) conforme au droit international. Cela est vrai peut-être. bien que seulement dans une très étroite limite, des normes de collision ou d'application du droit privé international, du droit pénal international, de la procédure internationale. C'est *ce droit interne* que le juge doit appliquer, quand il ne trouve pas d'autre droit étatique, notamment d'autre droit *établi* (*gesetzt*). Mais ce droit « non établi » n'est *ni* subsidiaire, *ni* international (1).

Ce serait également une erreur que de reconnaître au droit international la capacité de combler les *lacunes* du droit étatique Je fais d'abord complètement abstraction de la question de savoir si, d'une façon générale, on est autorisé à parler de « lacunes » de cette sorte dans le droit (2). En supposant qu'il soit permis et possible d'admettre que des lacunes doivent être comblées par un droit issu d'un autre système juridique, ce ne serait certainement pas au droit international qu'on pourrait s'adresser pour se fournir de la matière qui comblerait ces lacunes. Cette proposition ne pourrait tenir que du point de vue de l'école du droit naturel, laquelle est toujours volontiers prête à accourir, quand le droit positif se trouve réellement ou apparemment dans l'embarras. Car d'après cette école, comme nous l'avons vu (3), l'opposition entre le droit international et le droit interne doit se volatiliser.

(1) Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, p. 75 sq., 196, 198, etc.... ne commet point la faute de déclarer que le « droit privé international superétatique » est, en tant que tel, applicable par le juge. Mais il se trompe quand il dit que la norme superétatique acquiert, en tant que *subsidiaire*, la force d'une norme étatique, au cas où l'Etat n'édicte aucune norme expresse d'application, et où, par suite, on peut admettre que l'Etat veut que la demande soit jugée conformément au droit international. Car, d'abord, ainsi que nous l'avons souvent remarqué, le droit superétatique ne peut jamais devenir droit interne sans modification ; Zitelmann ne doute pas non plus de cela ; il s'agit seulement d'une expression inexacte que je n'ai pas le courage de lui reprocher, car il a, comme bien peu l'ont fait, rigoureusement séparé le droit international du droit interne. Mais c'est inexact aussi de qualifier ce droit interne conforme au droit international de droit *subsidiaire*. On ne parle de droit subsidiaire que là où une source juridique ne veut rendre applicable ses dispositions qu'au cas où une *autre source* ne décide rien de semblable ou de contraire ; on ne peut pas en parler là où une source juridique, au lieu de régir un fait expressément, ne le régit que « tacitement ».

(2) V. à ce sujet surtout Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, p. 371 sq.

(3) Comp. ci-dessus, p. 126 sq.

Puisque nous devons nous représenter le droit international et le droit interne comme produits par des volontés juridiques *séparées*, tendant à régir des relations différentes, le rapport qui existe entre les deux sources juridiques doit se concevoir, *a priori*, d'après ce qui a été expliqué ci-dessus (p. 162 sq.), comme un rapport soit de juxtaposition, soit de superposition.

Le premier de ces rapports est *impossible*. Le droit international et le droit interne ne découlent pas de sources *coordonnées*, entre lesquelles une relation juridique pourrait être établie par une troisième source, également superposée à l'une et à l'autre. La production du droit international par la formation d'une volonté commune, dans laquelle est comprise la volonté de l'Etat particulier, exclut une supposition de ce genre.

Mais il est aussi impossible de considérer la source du droit international comme superposée à celle du droit interne, ou inversement, *en ce sens particulier*, que la volonté de l'un décide de la validité des règles juridiques découlant de l'autre.

Il est si évident que ce n'est pas le droit interne à qui peut appartenir une situation prépondérante de cette sorte, qu'il ne vaut guère la peine d'étudier sérieusement la question. Le droit interne doit d'exister à la volonté d'*un Etat*, le droit international à une volonté commune dans laquelle est comprise la volonté de l'Etat particulier. Cette volonté particulière ne peut pas être supérieure à cette volonté commune. Il est donc impossible qu'une règle du droit interne décide de la *validité* d'une règle du droit international, plus précisément, décide de la question de savoir si une règle juridique naît d'une *Vereinbarung* conclue dans le but de former une règle juridique internationale. Le droit de l'Etat ne peut pas même affirmer ou nier la « validité » des actes faits par les organes de l'Etat dans ce but, des *actes de collaboration* faits dans une *Vereinbarung*. Il peut les admettre ou les interdire. Il peut déclarer que ces actes ne doivent être considérés comme actes de l'Etat que sous certaines conditions. Il peut édicter des dispositions sur la validité des actes accomplis par les organes de l'Etat comme suite à un traité international et ayant pour but l' « *introduction* » du traité dans le droit étatique. Mais il est absolument incapable d'accorder ou de refuser à une déclaration de volonté faite par un sujet quelconque dans le domaine des relations internationales une efficacité juridique dans la sphère du *droit international*. Il en est tout au-

trement, comme nous l'avons vu, quand le *droit international*, au cours de son évolution, établit des règles qui se trouvent, sous ce rapport, dans une certaine dépendance vis-à vis du droit interne, quand il déclare lui-même que l'acte fait par le titulaire d'une fonction étatique en vue de *Vereinbarungen* internationales ne doit être considéré comme un acte de l'Etat que s'il est en accord avec les lois de l'Etat. Ici le *droit international* dit à quels faits doivent se rattacher les effets juridiques ; la règle du droit interne n'est qu'un élément de la norme internationale (1). Mais si la source du droit interne n'est pas « supérieure » à la source du droit international, il est impossible qu'une loi d'Etat ultérieure puisse déroger à la règle antérieure du droit international, à un « traité ». Car la règle juridique récente n'annule l'ancienne que si elle sort de la même puissance créatrice de droit, ou d'une puissance supérieure qui puisse décider de la validité de l'ancienne. D'après certains auteurs, la loi d'Etat plus récente l' « emporte » sur la règle plus ancienne du droit international ; cette proposition est une conséquence ou bien de la théorie que nous avons ci-dessus longuement combattue, d'après laquelle tout le droit international n'est que du droit interne ou est en même temps droit interne (2), ou bien de la doctrine qui confond encore le droit international avec la loi nationale provoquée par ce dernier. Le *droit interne* conforme au droit international, comme nous allons bientôt le voir, ne peut être abrogé que par un droit interne contraire, mais il peut l'être même par un droit interne contraire au droit international : le droit international lui-même est à l'abri de toute modification de la part d'une législation étatique unilatérale.

Inversement : la source du droit international n'est pas davantage, vis-à-vis de la source du droit interne, « supérieure », dans le sens et avec les conséquences que nous avons indiqués. Certes — s'il est exact que le droit international naisse d'une volonté commune créée par plusieurs volontés étatiques agissant en collaboration dans le but de la rendre obligatoire pour elles-mêmes, — il est évident que le contenu de la volonté commune, le droit international, peut être considéré comme

(1) V. ci-dessus, p. 228 sq., 234 sq.

(2) V. ci-dessus, p. 126 sq., 129 sq., 132 sq. Aussi cette opinion est-elle très répandue dans la doctrine anglo-américaine : le droit international y constitue une « *part of the law of the land* ».

un droit « d'un rang supérieur », par *comparaison* avec le droit qui naît simplement de la volonté des Etats particuliers. On est tenté de lui attribuer cette qualité, quand on pense à la quantité de force créatrice de droit, qui est nécessaire à sa création. On peut, semble-t-il, tracer une ligne très fortement ascendante qui, partie des formes simples par quoi se crée le droit dans l'union familiale, passe par l'œuvre juridique des communes, de l'Etat unitaire, de l'Etat fédéral, et finit à l'endroit où, de la concentration de toute une série de volontés particulières d'Etats, naît le droit international qui les domine toutes (1). Mais cette opinion a tout au plus la valeur d'une image, et ne prouve absolument rien en notre question. La « superposition » d'une source juridique au-dessus d'une autre n'a point pour conséquence nécessaire, que la *validité* ou l'*invalidité* des actes faits par la source subordonnée en vue de créer du droit dépende de la volonté de la source supérieure ; même là où une source juridique en *domine* une autre — rapport qui d'ailleurs n'est nullement en question ici, — même là, *cette dépendance* de la formation juridique, comme nous l'avons vu (2), n'existe pas toujours. Mais pourquoi cette dépendance est-elle impossible en ce qui concerne le droit international et le droit interne ? Parce qu'on ne peut parler de « validité » et d' « invalidité » d'une règle juridique, qu'à la condition que la source « supérieure », qui décide de son existence ou de son néant, soit en rapport *immédiat* avec les sujets auxquels l'auteur de cette règle s'adresse. C'est seulement quand, au-dessus du législateur *et* des sujets auxquels il s'adresse, il se trouve un pouvoir qui peut juridiquement réglementer les rapports *entre* eux, que la question juridique peut se poser, de savoir si un acte du premier peut *lier* les derniers. Car « être valable », « n'être pas valable », cela signifie, à l'*intérieur* d'un système juridique, produire ou non des effets pour d'autres systèmes. C'est pourquoi une loi ou, pour mieux dire, un acte législatif d'un Etat-membre peut être doué de validité par le système juridique de l'Etat fédéral ; un acte législatif d'un organe dans l'Etat unitaire peut être doué de validité par

(1) C'est en partant de cet ordre d'idée qu'on comprend que la *science* du droit international ait été qualifiée de « *pars jurisprudentiae longe nobilissima* ». Qui, connaissant le droit international, oserait aujourd'hui soutenir une prétention si audacieuse !

(2) V. ci-dessus, p. 164.

la Constitution de cet Etat. Mais une loi d'Etat ne peut pas l'être par le droit international, car les sujets de l'Etat ne sont pas les sujets du droit international. On doit donc dès l'abord écarter toute tentative de considérer comme *nulle* une loi réellement ou apparemment *contraire au droit international* (1), et

(1) Le droit naturel devait naturellement, étant donné sa conception fondamentale, en arriver à soutenir le contraire. Cependant nous ne trouvons guère chez les adeptes de cette école une discussion de principe du sujet ; on ne rencontre que davantage des opinions sur des questions isolées, qui ne s'expliquent que par l'erreur fondamentale sur les rapports entre les deux sources. Les études de Fichte sur le meurtre pendant la guerre (*Grundlage des Naturrechts*, 2e partie, Iéna et Leipzig, 1797, p. 259 sq.) nous montrent à quelles singularités on pouvait arriver par cette voie. Le soldat n'a pas le *droit* de tuer ; car il ne pourrait recevoir ce droit que de son Etat, et celui-ci ne *peut* pas le lui accorder (donc, s'il voulait accorder ce droit, la concession serait *nulle*). Qu'en temps de guerre, l'ennemi puisse être tué, cela ne s'explique que par le droit que possède l'individu de se défendre lui-même. Tirer des coups de canon et des coups de fusil, cela n'a point pour but de tuer avec les balles, mais seulement de chasser l'ennemi des endroits où tombent les balles ! Et s'il va là, c'est donc sa *faute*, s'il est atteint ! — Mais la nullité du droit contraire au droit international a été encore assez souvent soutenue par les auteurs modernes. Comp. v. Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2e édit., I, p. 166 ; Bremer, *Gerichtssaal*, XVII, p. 424 : la loi d'un Etat, qui cherche à s'appliquer au delà des frontières de cet Etat, est « internationalement (?) nulle et non avenue ». V. aussi Pillet, *Revue générale*, I, p. 9. — v. Holtzendorff (H. H., I, p. 118 sq.) soutient que le droit contraire au droit international porte en soi *un vice aussi grave* que le droit *contraire à la Constitution* dans le droit étatique : la loi d'Etat, faite dans le but d'établir une obligation permanente à l'égard d'Etats étrangers, ne *peut* plus être arbitrairement modifiée. Mais, p. 119, il explique que le droit international ne peut pas être atteint par des actes législatifs contraires au droit (ce qui est tout autre chose), et enfin il décapite sa propre théorie, quand il déclare que les organes « *subordonnés* » en matière civile et pénale ne sont point compétents pour examiner, du point de vue international, la validité des lois d'Etat dûment publiées. — Chez beaucoup d'écrivains, la manière dont ils s'expriment est trop imprécise pour qu'on puisse en déduire avec certitude leur véritable opinion ; par exemple, Phillimore, *Commentaries*, I, p. 27 sq. Il en est ainsi notamment de ceux qui déclarent qu'une loi d'Etat ne « *peut* » pas s'écarter du droit international. Cela ne doit signifier souvent que ceci : il *n'est pas permis* à la loi d'Etat de contredire le droit international, ou, ce qui revient tout autant à enfoncer une porte ouverte, la loi d'Etat ne peut pas modifier le *droit international*, ou enfin, elle ne *veut* pas prendre une disposition qui soit contraire au droit international (v. aussi ci-dessus, § 15). v. Mohl, *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 2e édit., Tübingen, 1840, p. 677, est plein de contradictions : « (Des lois d'Etats) ultérieures... ne *peuvent* pas édicter *valablement* des dispositions qui soient incompatibles avec les obligations qui s'imposent par traité à la Confédération (allemande). S'il y a une incompatibilité, il en résulte que la loi interne est *inadmissible* ou au moins *suspendue*. »

la maxime *lex posterior derogat priori* est aussi peu applicable au droit international récent par rapport au droit interne plus ancien, qu'au droit interne récent par rapport au droit international plus ancien (1).

Par suite le devoir d'obéissance du *sujet* vis-à-vis de la loi de l'Etat est *absolu*, quelque attitude qu'ait celle-ci à l'égard du droit international. Il n'a ni le devoir ni le droit de se préoccuper de savoir si le droit interne est d'accord avec le droit international. La loi interne contraire au droit international le lie autant que la loi interne conforme au droit international. Et il en est ainsi, non seulement de la loi, mais de tout acte de l'Etat : décision du juge, ordre du fonctionnaire administratif, dans la mesure du moins où ils sont conformes au droit interne. C'est pourquoi un acte du pouvoir exécutif n'est jamais nul parce que contraire au droit international (2). Le principe de « l'obéissance simplement constitutionnelle » ne peut jamais donner le droit de résister à un ordre de la police ou de l'autorité militaire, interdit par le droit international, mais légal d'après le droit interne ; l'exercice d'une fonction peut être « conforme au droit » (Code pénal, § 113), même si le fonctionnaire se trouve en opposition avec le droit international. Les questions qu'on a si souvent examinées autrefois, de savoir si le sujet est obligé de répondre à l'appel du souverain et de le suivre à l'armée au cas d'une guerre contraire au droit international (*bellum injustum*) (3), ou si l'habitant d'un pays conquis contrairement au droit doit obéissance à la loi du nouveau souverain (4), ne peuvent absolument pas se poser, étant donné notre

(1) Ici encore ceux qui soutiennent le contraire s'appuient soit sur la théorie que le droit international est en même temps droit interne — il y a dans ce sens de nombreuses décisions de la jurisprudence anglo-américaine ; comp., par exemple, Wharton, *Commentaries*, p. 583, 453 (avec les jugements, note 6), etc., — soit (comme par exemple dans la jurisprudence française, jugements, au *Journal*, X, p. 156) sur une confusion entre le droit international et le droit interne conforme au droit international ; naturellement, celui-ci modifie la loi nationale antérieure !

(2) v. Mertitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, I, p. 414.

(3) V. Grotius, *De jure belli ac pacis*, XI, 26, § 2 sq., et la manière extrêmement contournée dont Puffendorff (*De jure naturae et gentium*, VIII, 1, § 8) traite la controverse. V. aussi Burlamaqui, *Principes du droit politique*, Genève, 1751, IV, 1, § 17 ; III, 1, § 25 sq.

(4) Par ex., Burlamaqui, *Principes*, IV, 8, § 51. Cet auteur cependant nie finalement, non point la validité de l'acte unilatéral de conquête et de législation, mais la validité du *traité de soumission* entre le conquérant et les

point de vue. Mais aussi, l'individu ne trouve que dans le droit interne la mesure de ses *droits*, publics ou privés. L'Etat seul les lui accorde ou les lui refuse. Et si, après avoir légalement garanti à son sujet, en vertu d'un devoir international, des droits ou des capacités, — songez aux privilèges accordés par voie législative aux Etats médiatisés en vertu d'une prescription confédérale (1) — l'Etat les lui retire ensuite ou les diminue par une modification de son droit interne, l'individu qui subit de ce fait un dommage n'est ni plus ni autrement protégé que celui dont les droits acquis sont sacrifiés à la législation étatique (2). Peu importe s'il s'agit de sujets au sens étroit, c'est-à-dire de nationaux, ou d'étrangers. La loi d'Etat qui établit un *moratorium* au détriment de créanciers étrangers, même celle qui supprime ou réduit en capital ou intérêts les droits de créanciers étrangers de l'Etat sont des lois valables (3). La question de savoir si une telle conduite peut soulever des réclamations internationales, et lesquelles, est tout autre.

habitants du pays conquis. Puisque le premier n'obtient la « souveraineté » que par un traité semblable, les sujets ne sont pas tenus par un *pactum subjectionis* obtenu par contrainte, et par suite nul.

(1) Acte confédéral allemand, art. 14.

(2) Comp. *Entsch. des Preuss. Obertribunals*, XXVII, p. 83 ; *Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts*, XXV, p. 154, mais cette dernière décision avec une formule très scabreuse. Le jugement du tribunal d'appel supérieur de Iéna est erroné (*Seuff. Archiv*, X, p. 2, n° 1).

(3) L'argument qu'on a souvent présenté contre cette proposition (p. ex., Jazon, *Revue*, I, p. 278 sq.) s'explique en équité, mais n'est pas juridiquement soutenable. Aussi, ne doit-on pas approuver Kauffmann, quand il soutient (*Das intern. Recht der egyptischen Staatsschuld*, Berlin, 1891, p. 14) que l'étranger qui a passé un contrat avec l'Etat n'est pas soumis à la puissance législative de cet Etat, et que, par suite, l'Etat ne *peut* rien changer vis-à-vis de l'étranger, par voie législative, à ses obligations contractuelles. De même Schmidt, *Der Staat.*, p. 88, n. 3, se trompe quand il cherche à expliquer sa thèse, d'après laquelle les obligations de l'Etat, reposant sur le système juridique étatique, ne peuvent être, vis-à-vis de l'étranger, supprimées par un acte législatif unilatéral, par la proposition que le pays du créancier a le droit, d'après le droit international actuellement reçu (?), de prendre à son compte les réclamations de son national, et que par là ces obligations deviennent aussi des obligations internationales. C'est ajouter une faute à une autre. D'abord, le droit de l'Etat du créancier, sous cette forme générale, n'existe pas. Existât-il, que le droit de réclamer d'après le droit interne ne se convertirait pas encore accessoirement en droit de réclamer d'après le droit international ; mais l'Etat du créancier aurait le droit international indépendant de réclamer de l'Etat débiteur l'accomplissement de son devoir de droit privé. Et en aucun cas, on ne peut tirer des prémisses la conclusion que l'Etat débiteur ne *peut* pas modifier ses

Le principe que nous posons n'est pas moins important pour les titulaires de *fonctions étatiques*. Leurs droits et devoirs se mesurent uniquement d'après le droit interne (1). Ils ont le droit et le devoir de faire tous les actes que leur permet et leur prescrit le droit étatique, quelque attitude qu'ait celui-ci vis-à-vis du droit international. En particulier, les fonctionnaires dont la fonction consiste à *appliquer* la loi, notamment les juges, les membres du ministère public, les fonctionnaires administratifs sont obligés d'appliquer le droit interne, même contraire au droit international (2). Il résulte des rapports entre le pouvoir fédéral et le pouvoir de l'Etat-membre, que le fonctionnaire qui se trouve au service de ce dernier peut et doit examiner si les actes législatifs de son État concordent avec le système juridique de l'Etat fédéral, et le cas échéant, ne pas appliquer le droit de son Etat, nul d'après le droit fédéral (3) ; mais il ne peut pas lui être permis d'examiner la loi de son Etat au point de vue de son admissibilité internationale, pour juger de sa *validité* (4). Il recherche et doit rechercher dans certains cas si le texte d'une loi est d'accord ou non avec le droit international, mais il ne le fait que pour d'autres motifs et dans un autre but (5). De même, le devoir d'obéissance qui s'impose, par suite de la hiérarchie des autorités, au fonctionnaire inférieur vis-à-vis de son

lois. — Ce que Meili, *Staatsbankerott*, p. 13 sq., oppose à notre proposition, oscille constamment entre des observations *de lege ferenda* et des observations *de lege lata*. D'un autre côté les recherches de v. Bar, *Theorie und Praxis des internat. Privatrechts*, II, p. 663 sq., exactes dans leurs résultats, n'ont pas toujours un fondement juste.

(1) Comp. ci-dessus, p. 118 sq.

(2) Il règne à ce sujet en théorie et en pratique un accord presque complet. Comp. par ex. Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 476 sq. (§ 847) ; v. Bar, *op. cit.*, p. 5 sq., 145 sq. ; II, p. 398 sq. ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 213 ; Zitelmann, *op. cit.*, I, p. 75, etc... ; *Entsch. des Preuss. Oberverwaltungsgerichts*, VI, p. 39 sq. ; XVIII, p. 80 sq. J'ai déjà, p. 150 sq., fait de nombreuses citations de la littérature anglaise et américaine. Y ajouter Hare, *American constitutionnal law*, I, Boston, 1889, p.439, 502 sq.

(3) V. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, p. 286, et les auteurs cités à la note 27 ; en outre, Heinze, *Verhältniss des Reichsstrafrechts z. d. Landesstrafrecht*, Leipzig, 1871, p. 21, 25 ; Hänel, *Studien*, I, p. 263 sq. ; Laband, *Staatsrecht*, I, p. 595 sq.

(4) Comp. Gierke, *loc. cit.* ; Zitelmann, *op. cit.*, I, p. 74.

(5) Il utilise ce qu'il connaît des rapports du droit interne avec le droit international pour « interpréter » le droit interne, quand il examine si le texte d'une règle du droit interne, contraire au droit international, manifeste la volonté de l'Etat de se mettre en contradiction avec le droit international. V. pour plus de précision, ci-dessous, § 15 et § 18.

supérieur, est indépendant du rapport dans lequel un ordre de service se trouve à l'égard du droit international. Dans la mesure où un fonctionnaire possède le droit d'examiner la légalité des instructions qui lui viennent d'en haut, il ne peut jamais refuser l'obéissance pour ce motif que son examen lui a démontré que l'ordre, valable en droit interne, est contraire au droit international. L'officier qui reçoit de son supérieur l'ordre de piller, est obligé d'exécuter cet ordre, même si le pillage est interdit par le droit international, dans la mesure où le droit interne lui-même ne défend pas un tel acte (Code pénal militaire, § 47, n° 2). En beaucoup de cas, cette indépendance complète des droits et devoirs créés par le droit interne à l'égard des institutions du droit international peut avoir ses inconvénients ; mais ceux-ci sont par bonheur considérablement réduits, du fait que l'accord entre le droit étatique et le droit international forme la règle, et le désaccord l'exception.

## II

Mais une source juridique, ainsi que nous l'avons montré au cours de l'aperçu général (1), peut se trouver « *superposée* » à une autre dans un deuxième sens du mot. Elle peut lui adresser des ordres et des interdictions, lui accorder des autorisations, notamment lui ordonner ou lui permettre de *créer du droit* ou de s'abstenir d'en créer.

On n'a guère besoin de démontrer encore qu'en ce sens aussi aucune source *de droit interne* ne peut être supérieure à la source du *droit international*. Il n'y a pas de droit international conforme ou contraire au droit interne. L'acte de l'Etat particulier, en quoi consiste la collaboration de celui-ci à la formation du droit international, c'est-à-dire les déclarations de volonté de *ses organes*, ne peut être apprécié que d'après le droit interne (2). Les dispositions du droit étatique, qui

(1) V. ci-dessus, p. 164 sq.

(2) Il en est de même des déclarations de *Vereinbarungen* faites par les membres d'un Etat composé, liés par le droit constitutionnel. L'art. 2 de l'Acte confédéral du Rhin (v. ci-dessus, p. 217 n. 2), dans lequel les contractants allemands décident que les lois d'Empire (dans l'union qui subsiste encore formellement) ne sont pas obligatoires, est né d'une collaboration des Etats allemands contraire au droit interne. A l'inverse, les Etats allemands agissaient conformément au droit interne, quand, dans

donnent au gouvernement de l'Etat l'ordre (1), l'interdiction (2), ou l'autorisation (3) de conclure certains traités ou certaines sortes de traités suffisent même fréquemment. L'accomplissement du devoir, l'exercice du droit, la violation de l'interdiction sont ainsi conformes ou contraires au droit interne, et, quand

les traités qu'ils passaient avec l'étranger, ils inséraient la réserve, que leurs devoirs envers l'Empire ne devaient recevoir aucune atteinte du fait de la *Vereinbarung*. Cf. not. traité entre l'Evêque-Prince de Bâle et la France du 20 juin 1780 (M. R., III, p. 327), art. 4 ; traité entre Hambourg et la France du 1er avril 1769 (M. R., I, p. 634), art. 13.

(1) Ce peuvent être des ordres de conclure des traités *déterminés* (par exemple, Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, art. 79, en ce qui concerne le règlement des rapports entre les Etats du Sud de l'Allemagne) ; ou des dispositions sur le contenu que doivent avoir les futurs traités *éventuels* (comp. la Constitution du Württemberg, § 2, al. 3 : dans les cessions inévitables de territoires, on doit veiller à ce que les habitants du territoire cédé conservent une période de temps suffisante pour émigrer dans le royaume, etc...).

(2) Qu'on songe aux nombreuses dispositions qui interdisent, conditionnellement ou absolument, de céder des territoires, d'accorder des garanties, d'accepter des troupes étrangères (par exemple Charte, constitutionnelle française du 14 août 1830, art. 13, al. 2 ; Constitution des Pays-Bas, art. 182 ; Constitution grecque, art. 99, etc...), mais aussi aux dispositions plus générales qui interdisent de donner aux traités un contenu qui paraît regrettable au législateur ; il faut ranger, parmi ces dispositions, la prescription qu'on rencontre fréquemment, aux termes de laquelle les articles secrets d'un traité ne doivent pas être en contradiction avec les articles publics (Constitution de la République française du 5 fructidor an III, art. 332 ; Constitution belge, art. 68 ; Constitution luxembourgeoise, art. 37, al. 3 ; Constitution grecque, art. 33, al. 2, etc...). Mais ce qui est surtout important ici, ce sont les limitations qui résultent expressément ou implicitement des lois d'extradition (v. l'énumération dans v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, II, p. 771 sq.) et des codes pénals (par exemple, code pénal allemand, § 9 ; code pénal italien entré en vigueur depuis le 1er janvier 1890, art. 9, etc...) en ce qui concerne le contenu des *traités d'extradition*. — La disposition qui interdit aux princes, dans maintes Constitutions monarchiques, d'accepter, sans l'assentiment du Parlement, la couronne d'autres Etats, soit qu'elle leur échoie par succession, soit qu'elle leur soit offerte (par exemple, Constitution prussienne, art. 55 ; Constitution du Royaume de Saxe, § 5 ; Constitution d'Oldenbourg, art. 15 ; Constitution danoise, art. 4 ; Constitution belge, art. 62 ; Constitution des Pays-Bas, art. 23, etc...) ne rentre pas dans cet ordre d'idées : ce n'est point une défense de faire « des actes de droit international », comme l'admet G. Meyer, *Deutsches Staatsrecht*, 4e édit., p. 603.

(3) Comp. par exemple la Constitution prussienne, art. 87 a : « S'il est formé des tribunaux communs à des parties du territoire prussien et à des territoires d'autres Etats fédérés, on peut *admettre* des *dérogations* aux dispositions de l'art. 86 (exercice du pouvoir juridictionnel, prononcé des jugements et exécution au nom du roi) et du 1er alinéa de l'art. 87 (nomination des juges par le roi, etc...).

il s'agit dans ces traités de *Vereinbarungen* créatrices de droit, ils constituent une *participation*, conforme ou contraire au droit, à la formation d'une norme du droit international (1). Mais le *droit international* lui-même, plus exactement, la *Vereinbarung* de la règle du droit international dans sa totalité, n'est soumis à aucune appréciation de cette nature.

Mais l'acte d'où naît le *droit interne*, — et nous devons nous arrêter là-dessus — doit être apprécié, au point de vue de sa validité, d'après le droit international. C'est là que se manifeste la qualité que possède le droit international d'être un système juridique « supérieur ». Si l'Etat est investi par le droit international de droits et de devoirs, ces droits et devoirs internationaux peuvent se rapporter à l'activité consacrée par l'Etat à la création de *son* droit objectif (2). Il y a là une chose qu'il faut immédiatement expliquer.

Je rappelle encore ce que j'ai expliqué au § 6 au sujet des rapports possibles entre systèmes juridiques différents. Les rapports du droit international et du droit interne dont nous avons à parler maintenant rentrent dans le schéma que j'ai

(1) Toutes réserves faites, naturellement, de la question de savoir si le droit international lui-même déclare irrelevant le fait que cet acte est contraire au droit interne. V. ci-dessus, p. 234 sq.

(2) Si, d'accord avec la doctrine dominante, on attribue à la source du *droit coutumier interne* une autre force qu'aux volontés étatiques, il n'est naturellement pas possible d'admettre que le droit international puisse mettre en mouvement cette source. Ce n'est pas possible, ou bien parce qu'on ne conçoit pas cette source comme une volonté, ou bien, si on le fait, parce que cette volonté n'est pas immédiatement saisie par les normes du droit international, qui n'obligent que les Etats en tant que tels. Par suite, on n'apercevrait ici, comme rapport de droit international, que le droit ou le devoir de l'Etat, soit de permettre ou d'empêcher la formation d'un *nouveau* droit de coutume interne, soit d'étouffer ou de ne pas étouffer le droit coutumier interne *existant*. Dans cette catégorie rentreraient, par exemple, les traités qui font un devoir à un ou à la totalité des Etats contractants de supprimer les « usages nationaux » contraires au contenu du traité (v. par exemple le traité entre la France et l'Espagne du 15 août 1761, M. R., I, p.16, art. 21). La caractéristique de ce rapport international consisterait ainsi dans le droit ou le devoir de l'Etat d'adopter une ligne de conduite déterminée à l'égard d'une autre source juridique « de droit interne » — mais ligne de conduite qui serait toujours « législative », c'est-à-dire supposerait que l'Etat fait des actes législatifs ou s'en abstient. Or, comme ceci ne serait pas une particularité par rapport à la ligne de conduite de l'Etat relativement au droit étatique, je peux faire abstraction ici de toutes les discussions sur la nature du droit coutumier. Quand je parle, dans ce qui suit, de droit interne, je comprends par là le droit *étatique*, au sens étroit que donne la doctrine dominante à ce mot.

alors tracé : ils s'insèrent à l'endroit où j'ai mentionné, comme exemples-types, celles des règles juridiques émanées de l'Etat suzerain et de l'Etat fédéral qui, en tant que normes issues d'une source juridique supérieure, accordent et imposent à l'Etat vassal et à l'Etat-membre le droit et le devoir de se créer un droit propre ou de s'abstenir de toute activité législative, sans que cependant la violation de l'interdiction de créer du droit ait pour conséquence la nullité de l'acte. Mais les rapports entre le droit international et le droit interne ne correspondent à ce type qu'à *un seul* point de vue. Ici comme là, la norme de la source « supérieure » engendre bien un droit ou un devoir de la source inférieure. Mais de la nature propre à la source du droit international résulte une différence essentielle en ce qui concerne les *sujets*, entre lesquels est fondé le rapport de droit ou d'obligation. Le suzerain et l'Etat fédéral, en effet, imposent des obligations ou accordent des droits à l'Etat inférieur vis-à-vis de *lui*, Etat supérieur. On ne peut rien concevoir d'analogue ici. Car la source du droit international n'est pas la volonté d'une personne particulière, à qui pourraient être reconnus des droits. Par suite, les devoirs et les droits internationaux d'un Etat en ce qui concerne sa création juridique ne peuvent jamais se former que comme droits et devoirs vis-à-vis *d'un autre Etat. Ainsi, la caractéristique la plus essentielle des rapports entre la source supérieure du droit international et la source subordonnée du droit interne, c'est qu'ils sont nécessairement liés, partout où ils conduisent à accorder des droits ou à imposer des obligations à la source subordonnée, à des rapports juridiquement déterminés entre sources juridiques coordonnées.*

Pour des raisons que nous aurons bientôt à préciser, les *autorisations* de créer du droit étatique tiennent beaucoup moins de place que les *ordres* et les *interdictions*. Le devoir international de l'Etat de créer du droit ou de s'abstenir d'en créer est de beaucoup la chose la plus importante dont nous aurons à nous occuper dans les pages suivantes. Importante à plusieurs points de vue.

Nous y voyons l'Etat lié en une matière où d'ordinaire nous sommes habitués à le considérer comme absolument libre. La législation de l'Etat *isolé* constitue la source de tous les devoirs juridiques, même de ceux qu'on nomme devoirs étatiques ; c'est une fonction de l'Etat et non un devoir de l'Etat. Dans la

sphère d'un système juridique qui dépasse la frontière de l'Etat, c'est-à-dire qui est international, cette législation devient l'objet du devoir de l'Etat. Certes, on parle parfois « de législation obligatoire » (1), même quand il ne s'agit que d'un Etat isolé. Mais cette obligation n'est point juridique. Même les clauses constitutionnelles, qui prévoient sous une forme impérative l'élaboration de lois futures, ne fondent pour l'*Etat* aucun devoir juridique de légiférer. Non point, parce que l'Etat ne peut pas s'obliger lui-même ; nous avons vu plus haut en quel sens cela peut très bien arriver. Mais chaque obligation que l'Etat s'impose à lui-même suppose un deuxième sujet, vis-à-vis de qui il s'oblige. Le débiteur et le créancier d'une obligation ne peuvent pas être une seule et même personne. Or, qui aurait, à l'intérieur de l'Etat, le droit d'exiger de l'*Etat* qu'il élabore une législation ? Le simple sujet ? Ou tous ? Le soi-disant devoir de légiférer de l'Etat, qui résulte de ces clauses de la Constitution, se révèle plutôt, quand on l'examine de plus près, comme un devoir de certains titulaires de fonctions étatiques particulières (fonctions étant pris au sens le plus large du mot) de faire des lois ou de collaborer à leur confection ; les « facteurs de la volonté de l'Etat » sont les obligés, l'Etat est précisément ici le créancier de l'obligation (2) ; — si les clauses en question n'ont pas pour seul but d'interdire de réglementer une matière *autrement* que par la loi (au sens constitutionnel) (3). L'Etat lui-même n'est jamais obligé par le *droit étatique* de faire des lois. Mais à l'inverse, il ne peut pas être obligé de s'abstenir de légiférer. Per-

(1) V. not. v. Martitz, *Zeitschrift f. d. ges. Staatswissensch.*, XXXVI, p. 259 sq. ; Eisele, *Archiv f. d. civilist. Praxis*, LXIX, p. 283 sq. ; Jellinek, *Gesetz u. Verorduung*, p. 261 sq. ; *System d. subj. öff. Rechte*, p. 92.

(2) Ce serait naturellement un cercle vicieux, que de dire : « les organes de l'Etat *sont* l'Etat ; par suite, « ils s'obligent » signifie « ils obligent l'Etat ». Car, encore une fois, on aboutirait à ce contre-sens, de faire non seulement que l'Etat s'oblige, mais qu'il s'oblige envers lui-même, — si on ne considère pas les nationaux comme créanciers de l'obligation, ce qui serait sans aucun doute insoutenable. Les devoirs des fonctionnaires de l'Etat ne sont pas tous des devoirs de l'Etat en tant que tel, ne sont pas des devoirs des organes en ce sens. — A la manière dont cette question est traitée, on s'aperçoit, que, malgré tous les efforts, on n'est pas encore parvenu à une complète clarté sur les rapports entre l'Etat et ses organes, ainsi qu'entre l'Etat et le droit.

(3) V. à ce sujet, v. Martitz, *op. cit.*, p. 264 ; G. Meyer, *Zeitsch. f. d. Privat-u. öff. Recht*, VIII, p. 42 ; Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*, p. 271, n. 14.

sonne, parmi ses sujets n'a un droit sous ce rapport. Avoir des droits « acquis » ne donne aucun droit de réclamer à l'Etat qu'il s'abstienne de les supprimer. Au point de vue positif, comme au point de vue négatif, ce sont ici, sinon simplement des considérations de nécessité ou d'utilité, du moins des mobiles de nature morale, qui déterminent la ligne de conduite législative de l'Etat. Mais vis-à-vis du système de la communauté internationale, l'Etat est, même en cette matière, *juridiquement* lié. *Là*, les *fontes remoti* du droit interne, ce sont seulement la raison, la coutume, la morale ; *ici*, c'est un véritable droit. Dans le droit interne, c'est peut-être le sentiment d'une obligation morale ; ici, c'est la conscience d'un devoir juridique qui forme ou doit former le motif de l'activité ou de l'inactivité législative (1).

Mais si le législateur est juridiquement lié, il est pratiquement important de savoir s'il cherche à s'acquitter de son obligation ou à s'y soustraire. Et c'est aussi important du point de vue international que du point de vue national.

Si l'Etat est internationalement obligé vis-à-vis d'autres Etats d'avoir ou de ne pas avoir un droit d'un contenu déterminé, il peut être contraint à l'accomplissement de ce devoir par tous les moyens que permet le droit international. L'échelle entière des « moyens juridiques » depuis le moyen timide de la rétorsion et des représailles jusqu'à la guerre se trouve à la disposition du créancier ; de plus, c'est seulement d'après l'importance de son intérêt, que celui-ci choisit le moyen de contrainte qu'il veut appliquer et qu'il décide du degré d'énergie dont il veut user. Il est important de remarquer que c'est ici le seul cas où — abstraction faite d'une stipulation contractuelle spéciale — on peut admettre l'existence d'un véritable *droit à l'intervention* dans les affaires « intérieures » d'un Etat étranger (2). On voit à l'inverse que la proportion dans laquelle un

(1) Celui qui ne comprend pas le droit international comme nous aboutit naturellement ici à des conséquences différentes, et il ne peut admettre comme motifs déterminant le législateur à édicter des règles « en matière internationale » que la prudence, la bienveillance, l'ambition, la jalousie, la crainte, etc... Ainsi, J. K. Stephen, pour ses *laws of international import* ; v. ci-dessus, p. 134, n. 9.

(2) Je ne veux pas entrer davantage dans l'examen de la question (qu'on aborde ici accessoirement) du caractère et des conditions du droit d'intervention. La remarque faite au texte indique suffisamment la position que

Etat souverain dépend *juridiquement* d'autres Etats souverains est en rapport direct avec l'importance du droit qui lui est internationalement imposé. La situation de l'Empire ottoman offre de ceci l'exemple classique.

Encore plus grande peut-être est l'importance pratique que présente pour le *droit interne* cette obligation juridique du législateur. Si notre étude ne devait pas offrir d'autre intérêt que celui de déterminer le fait que *telles* règles juridiques ont été créées conformément à un devoir international et *telles autres* contrairement à ce devoir, il ne vaudrait certes pas la peine de développer davantage la question que nous traitons ici. L'exposé qui suit montrera, je l'espère, qu'il est de la plus grande importance de déterminer si les rapports juridiques créés par le système juridique étatique, qu'ils soient de nature publique ou privée, se fondent sur une norme de la législation internationalement obligatoire ou sur une norme de la législation internationalement libre. Je dois me borner à cette indication, pour n'être pas contraint à des redites.

Mais ce qui fait que les rapports entre le droit international et le droit interne, que l'on doit traiter dans ce chapitre, sont *des plus importants* à ces points de vue, c'est que les effets immédiats que produit le droit international sur la vie juridique de l'humanité se manifestent ici pour la première fois. Le droit international a *besoin* du droit interne pour remplir sa tâche. Sans lui, il est, sous de nombreux rapports, impuissant. Le législateur interne l'éveille de l'impuissance. Réseau flottant *au-dessus* des Etats, il veut être fixé *aux* Etats par des étais puissants. Il est semblable à un maréchal, qui ne donne ses ordres qu'aux chefs de troupes et ne peut atteindre son but que s'il est sûr que les généraux, se conformant à ses instructions, donneront de nouveaux ordres. Si les généraux lui font faux bond, il perd la bataille. Et de même qu'un ordre du maréchal provoque des douzaines d'ordres ultérieurs de la part des subordonnés, de

je prends vis-à-vis de cette question. La manière dont notre science s'est comportée en cette matière ne lui fait précisément pas honneur. Les derniers Allemands qui aient étudié la question, Strauch, *Zur Interventionslehre*, Heidelberg, 1879, et Heilborn, *System*, p. 353 sq., ont apporté de bons éléments pour la solution de la question, mais ils n'ont pas encore dit le dernier mot. Les explications de Geffcken (H. H., IV, p. 131 sq.) souffrent de fortes contradictions.

même nous verrons qu'une seule règle du droit international produit parfois une végétation, aux nombreuses ramifications, de normes du droit interne, qui toutes se réduisent à ceci : « réaliser » le droit international dans la vie étatique. Nous aurons à rechercher si l'image que nous employons répond dans toutes ses parties à la véritable situation des choses.

---

§ 11

## Droit interne important et indifférent au droit international, conforme et contraire au droit international.

I

Ce qui nous intéresse dès maintenant, ce n'est encore qu'un seul aspect des rapports entre le droit international et le droit interne : la source du droit interne est, dans une large mesure, obligée ou autorisée par le droit international à créer ou à ne pas créer du droit. Ainsi, le système juridique entier d'un Etat se divise pour nous d'abord en deux grandes catégories : *le droit interne* qui est *internationalement important*, et le droit interne qui est *internationalement indifférent*. Est important au point de vue du droit international, tout droit étatique, dans l'introduction ou le maintien duquel se manifeste l'exercice d'un droit international, l'accomplissement ou la violation d'un devoir international de l'Etat. Par suite, le droit interne important au point de vue du droit international, se subdivise en *droit conforme* et en *droit contraire* au droit international ; de son côté, le premier se partage en *droit autorisé par le droit international*, et en droit *ordonné par le droit international* (1). En prenant les choses exactement, on ne doit certes qualifier de conforme ou de contraire au droit international que la *conduite de l'Etat* en ce qui concerne sa création juridique, et là où l'Etat ne remplit pas son devoir de créer un nouveau droit, ou bien, à l'inverse, là où il observe son devoir de n'introduire aucun droit nouveau, là où par suite, suivant le cas, le fait de s'abstenir de lé-

(1) Semblablement, on pourrait diviser tout le droit international en règles juridiques qui se proposent d'instituer pour les Etats le droit ou le devoir de faire des actes législatifs ou de s'en abstenir, et en règles juridiques qui ne se proposent rien de semblable. C'est à peu près le procédé de Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, éd. par Dumont, III, 2e édit., Paris, 1820, p. 360 sq. Mais cette division n'a aucune valeur pour le droit international.

giférer est conforme ou contraire au droit international, là nos expressions ne sont pas complètement justifiées ; car on ne pourrait point dire que le droit interne *existant* est conforme ou contraire au droit international, quand l'Etat s'abstient d'un *élargissement* (1) conformément ou contrairement à son devoir. Mais comme, dans notre étude, nous n'avons affaire qu'au droit que l'Etat a élaboré conformément ou contrairement au droit international, nous pouvons nous contenter des expressions que nous avons choisies, qui se recommandent par leur brièveté (2).

L'opposition entre le droit internationalement important et le droit internationalement indifférent ne coïncide pas avec la différence qu'il y a entre le droit interne dit « international », c'est-à-dire qui a trait aux rapports internationaux, et le reste du droit interne. Droit « international », en ce sens, ce n'est point la même chose que droit internationalement important. Il y a du droit interne « international », qui est indifférent au droit international, et du droit interne internationalement important, qui n'est pas « international ». Deux Etats, liés par une union réelle, par exemple l'Autriche et la Hongrie, sont obligés d'avoir le même monarque ; le droit de succession au trône, que, pour ce motif, ils doivent introduire ou conserver, est internationalement important, mais n'est point « international ». Si un Etat introduisait chez lui, pour l'exécution d'un traité international, une loi commerciale étrangère, la loi, parce que créée en vertu d'un devoir international, serait internationalement importante, mais elle ne serait droit « in-

(1) Un élargissement, non une modification !

(2) Ces remarques éviteront, je l'espère, un malentendu en ce qui concerne l'expression, au premier abord peut-être bizarre, de « droit contraire au droit ». C'est l'acte du législateur, qui est contraire au droit, et « droit contraire au droit », cela ne doit pas signifier ici droit « nul ». Par là, disparaissent les observations de Zorn, *Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft*, XXXVI, p. 19 sq., et *Kritik. Vierteljahrsschrift*, XXII, p. 61. — Stammler, *Wirtschaft und Recht*, p. 665, n. 176 (v. ci-dessus, p. 29, n. 1) se formalise du texte de la loi prussienne du 10 juin 1854 : les « princes d'Empire et comtes devenus indirectement allemands, dont les droits auraient été *violés* par la *législation* depuis le 1er janvier 1848 » peuvent être réintégrés dans ces droits. Il estime qu'une loi, régulièrement faite et qui annule un droit ancien, ne peut pas être considérée comme constituant une violation du droit. C'est exact dans la mesure où on ne peut pas parler de violation du droit à l'égard des *médiatisés* ; mais le droit prussien avait pris des dispositions *contraires au droit confédéral* ; il avait effectivement ainsi « violé » le droit international.

ternational » que dans la mesure où elle contiendrait des dispositions de droit privé international. Cet exemple nous montre qu'un droit internationalement important, mais non « international », peut souvent apparaître, quand l'Etat doit créer ou maintenir un droit dans le but seulement de posséder un droit *semblable* à celui d'un autre Etat, phénomène qui est surtout propre à notre époque (1) ; dans le « droit de forme commune » (2) (au sens de Wächter), dans le « droit internationalement semblable » ainsi créé, il n'y a, la plupart du temps, rien d'« international » que le motif de sa création. A l'inverse, une très importante partie de tout le droit interne « international » est internationalement indifférente. En particulier, cela est vrai encore aujourd'hui — ce qui est malheureusement si souvent perdu de vue — de la partie de beaucoup la plus importante du droit privé international, du droit pénal international, de la procédure internationale, du droit administratif international (3). Fait-on une réponse exacte à la question, souvent discutée, de savoir dans quelle mesure le droit international donne en ces matières des directions déterminées à l'Etat, et si l'Etat peut étendre le domaine d'application de ses lois au delà de ses fron-

(1) V. à ce sujet notamment v. Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, I, Tübingen, 1860, p. 602 sq. ; Georg Cohn, *Ueber international gleiches Recht*, Vienne, 1879.

(2) v. Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht*, Leipzig, 1844, p. 10 sq., 220 sq.

(3) Niemeyer (*Zur Methodik des internat. Privatrechts*, Leipzig, 1894, p. 8) parle avec raison du « mariage encore aujourd'hui prématuré » du droit privé international avec le droit international ; comp., du même, *Vorschläge und Materialen zur Kodifikation des internat. Privatrechts*, Leipzig, 1895, p. 27, 59 (mais pas sans difficulté, p. 32). — E. Zitelmann, dans son ouvrage souvent cité, va à mon avis beaucoup trop loin dans la reconnaissance de principes du droit privé international « superétatique » et, par suite, dans la motivation internationale du droit privé international étatique ; comp. p. 66 sq., 71 sq., 82 sq., 196 sq., etc... Le principe fondamental posé par lui, comme il le concède lui-même, n'est pas encore « internationalement » reconnu (ce principe devrait être reconnu comme la conséquence finale du principe supérieur, relatif à la limitation internationale de la puissance législative de l'Etat ; il n'a pas encore cependant été l'objet d'une reconnaissance de cette sorte ; il *est* néanmoins droit international). Si cette reconnaissance ne s'est pas encore produite, c'est précisément parce que le prétendu principe supérieur n'est pas du droit international. Le droit international positif n'a pas encore accepté cette limitation de la puissance législative. Je dois en rester là sur cette question ; je remarque seulement, contre Barazetti, *Bohm's Zeitschrift*, VIII, p. 39, que je ne trouve pas dans l'exposé de Zitelmann la contradiction qu'il y signale.

tières, — question qu'il faut nettement distinguer de celle de savoir si l'Etat est limité sur son territoire dans l'exercice de ses actes publics et peut être lié par suite dans la réglementation qui y est relative (1) ? Alors une partie considérable des règles du droit étatique disparaîtra immédiatement du droit interne internationalement important, où l'ont placé des conceptions erronées sur l'existence des lois internationales. Si l'on accepte le seul point de vue admissible, à savoir que — abstraction faite d'exceptions insignifiantes (2) — le droit international *réel* laisse à tout Etat liberté entière d'établir des normes pour des personnes qui se trouvent à l'étranger, qu'elles appartiennent ou non à l'association étatique, et qu'il lui est loisible aussi, dans la mesure où cela lui paraît s'accorder avec ses fonctions (bien loin qu'il le considère comme nécessaire) (3) de punir d'une peine la violation de ces normes, si l'on se convainc en particulier que l'admission du principe territo-

(1) Le fait qu'on ne distingue pas ces deux questions a, par exemple, très défavorablement agi sur la critique du *territorial waters jurisdiction act* anglais de 1878 (v. ci-dessus, p. 149, n. 1). Dans la mesure où cet *act* étendait la *compétence pénale* des juges anglais aux infractions commises dans les eaux territoriales anglaises, il était, à mon avis, au point de vue international, inattaquable, même quand il s'appliquait à des actes commis par des étrangers sur ou avec des navires étrangers. Il en est autrement de la question de savoir si cet *act* pouvait autoriser des *actes des autorités publiques* anglaises dans les eaux territoriales, envers les navires étrangers, passant dans ces eaux : à cette question, je ne pourrais pas répondre, du moins dans tous les cas, par l'affirmative. Que l'Etat se concède le droit de punir des actes commis en mer, ou qu'il y ajoute le droit d'arrêter le coupable en mer,ce sont là deux choses toutes différentes ! Ce point de vue a été négligé par les critiques de la loi, aussi bien par Perels, *Internat. öff. Seerecht*, Berlin, 1882, p. 86 sq. ; Renault, *Journal*, VI, p. 238 sq.; v. Bar, *Theorie und Praxis*, II, p. 610 sq. ; Schücking, *Das Kustenmeer*, Göttingen, 1897, p. 42 sq., que par Harburger, *Der strafrechtliche Begriff Inland*, etc.. Nördlinden, 1882, p. 27 sq. ; Stoerk, H. H., II, p. 451, et Imbart de Latour, *La mer territoriale*, Paris, 1889, p. 312 sq.

(2) Comp. sur ce point, v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, I, p. 124 sq.

(3) La pénalisation des délits commis à l'étranger par des nationaux et des étrangers ne rencontre presque pas d'obstacles internationaux : cela a été avec raison noté, entre autres, par v. Rohland, *Internat. Strafrecht*, I, p. 42 sq., 114 sq. ; Hälschner, *Gemeines Deutsches Strafrecht*, I, Bonn, 1881, p. 133 sq., 174, etc... ; v. Martitz, *op. cit.*, p. 42 sq., 46, 51 sq., 82 sq., 93 sq., 113 sq., 417 sq., etc..., et récemment à plusieurs reprises par Beling, *Exterritorialität*, p. 67 ; *Jurist. Litteraturblatt*, VI, p. 211 ; *Krit. Vierteljahrsschrift*, XXXVIII, p. 609, 613. V. aussi Binding, *Handbuch*, I, p. 374 sq. — A l'égard de la souveraineté des lois de procédure, v. v. Kries, *Archiv f. öff. Recht*, V, p. 338 sq.

rial (lequel n'est malheureusement pas encore toujours abandonné) ne présente pas la moindre nécessité internationale (1), alors des prescriptions nombreuses et réfléchies des lois étatiques échappent au reproche qu'on leur fait si souvent d'être contraires au droit international et se rangent parmi celles du droit interne internationalement irrelevant (2).

De ce qui précède, il ressort clairement que quand nous sommes obligés d'examiner une règle du droit interne au point de vue de son importance internationale, le *contenu* de cette règle ne nous est d'aucun secours. Qui pourra juger, par exemple, que les lois qui, conformément aux *Vereinbarungen* de la Confédération Germanique, réglaient la situation juridique de ce qu'on appelle les médiatisés, étaient ordonnées par le droit confédéral, quand ces lois ne se réfèrent pas elles-mêmes au droit confédéral (3) ? Inversement, n'est-il pas souvent très facile de

(1) La fameuse affaire du « Costa Rica Packett » et la sentence arbitrale que F. v. Martens a rendue dans le conflit entre l'Angleterre et les Pays-Bas, montrent à quel rôle pitoyable les représentants des théories de compétence pénale étroite peuvent condamner un Etat souverain (la sentence est reproduite dans la *Revue*, XXIX, p. 196 sq.). Un baleinier anglais était accusé d'avoir commis un vol en haute mer sur la cargaison de ce qu'on appelle une *prauw* hollando-indienne, qui allait à la dérive sans équipage. Arrêté à Ternate et conduit à Makassar, il fut, quelque temps après, relâché, parce que l'autorité néerlandaise se reconnut sans compétence pour punir les infractions commises par des étrangers hors des eaux territoriales. L'Angleterre demanda une indemnité pour arrestation illégale et reçut satisfaction. Je passe sur la question de savoir si l'arrestation devait être fondée d'après le droit *hollandais* (question que l'arbitre estime ne pas mériter un examen !), s'il y avait en outre un motif suffisant de soupçonner l'anglais, et si le traitement qui lui fut appliqué pendant sa détention justifiait une réclamation ; je ne recherche pas, non plus, si l'Etat doit toujours une satisfaction quand il a fait subir une détention provisoire à un étranger à la suite d'un soupçon non fondé (v. à ce sujet la critique pertinente de la sentence arbitrale par Regelsperger, *Revue générale*, IV, p. 735 sq. ; comp. aussi Bles, *Revue*, XXVIII, p. 462 sq.). Mais je proteste résolument contre ceci, que de Martens croit pouvoir solutionner la difficulté capitale de tout le conflit avec la phrase — je ne peux pas nommer cela autrement — que les navires en haute mer sont une partie du territoire de leur pavillon, et par suite « ils ne sont justiciables des faits commis en haute mer qu'aux autorités nationales respectives ». — Comp. aussi Valéry, *Revue générale*, V, p. 57 sq.

(2) A l'inverse, il est nécessaire de rechercher, plus précisément qu'on ne le fait d'habitude, dans quelle mesure certaines règles du droit interne sur le domaine réel d'application des lois coïncident avec les devoirs internationaux de l'Etat. V. quelque chose à ce sujet § 13, I et II.

(3) Ainsi, par exemple, le règlement prussien pour la formation de la première Chambre, du 12 octobre 1854, § 2, n. 2, en ce qui concerne la

supposer qu'un droit interne « international » doit sa formation à des ordres ou à des autorisations du droit international ? Ce n'est que très rarement que le contraire apparaît de lui-même. Il en est tout au plus ainsi quand le législateur s'est contenté d'établir un programme de politique étrangère dont les différents articles ne s'élèvent pas au-dessus du niveau de déclarations solennelles ; les pathétiques déclarations des premières Constitutions françaises nous en offrent le meilleur exemple (1). Mais la situation est beaucoup moins claire, partout où, sous une forme qui ne permet pas de douter que la source juridique a sérieusement l'intention d'établir des lois obligatoires, l'Etat étranger ou ses nationaux se voient reconnaître des droits ou des pouvoirs importants ou imposer des limitations essentielles, d'une façon générale partout où le droit étatique protège ou affecte des intérêts « internationaux ». Des lois étatiques, qui protègent des biens étrangers, qui, par exemple, punissent la falsification

concession d'un état (*Stand*) aux médiatisés, renvoie aux actes confédéraux ; au contraire, les lois constitutionnelles similaires des autres Etats, par exemple de la Saxe, taisent ce motif. — La forme la plus commode de créer du droit interne conforme au droit international, à savoir, la simple publication d'un traité au journal officiel, montre le plus clairement du monde que le droit interne ainsi créé est internationalement relevant ; malheureusement, elle laisse souvent dans l'obscurité ce que ce droit interne veut signifier. Pour plus de détails, v. plus loin.

(1) Comp. le titre VI de la Constitution du 3-14 septembre 1791, où, après l'assurance d'une loyauté internationale en général, se trouve exprimée la renonciation à toute guerre de conquête et à tout emploi de la force contre la liberté (mais on y trouve aussi l'abolition générale des droits d'aubaine et d'autres dispositions du droit applicable aux étrangers, dont l'importance internationale ne peut être niée sans un examen plus précis). V., en outre, la Constitution du 24 juin 1793, dans laquelle sont proclamés l'amitié et l'alliance « naturelles » du peuple français avec tous les peuples libres (art. 118), et le principe de non-intervention ; où l'asile est promis à tous les individus bannis des autres Etats pour la cause de la liberté, mais refusé aux tyrans (art. 120) ; où la conclusion de la paix avec un ennemi qui tient encore campagne est interdite (art. 121). Rien n'est plus vague dans cet ordre d'idées que la « déclaration du droit des gens », proposée par l'abbé Grégoire à la Convention nationale dans sa séance du 4 floréal an III : elle est rédigée en termes aussi abstraits que la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (elle est reproduite, entre autres, par Leseur, *Introduction*, p. 167 sq. ; comp. à son sujet les récentes *Etudes de droit international* de Nys, p. 394 sq., 403 sq.). — Je peux passer sur la question de savoir s'il s'agit toujours ici d'un droit véritable ou d'un contenu législatif « non obligatoire » ; en tout cas, si la première hypothèse est la vraie, nous avons affaire à un droit internationalement irrelevant.

des monnaies ou des titres étrangers (1), qui, pour le sauvetage ou l'assistance en cas de danger sur mer, d'une façon générale pour toute ligne de conduite que peuvent adopter les organes ou les sujets de l'Etat vis-à-vis de l'étranger, contiennent des dispositions en *faveur* des Etats, des princes, des sujets étrangers, — ces lois, dis-je, peuvent être édictées, aussi bien pour observer des ordres du droit international que pour obéir à la morale ou à la courtoisie internationale (*comitas gentium*), ou à l'amitié pour des nations de même race ou des dynasties alliées, ou enfin à l'intérêt personnel bien entendu (crainte de réclamations désagréables, espoir de réciprocité, développement de ses propres affaires) (2). Et de même les *restrictions* que la loi

(1) Comp. code pénal, § 146 ; code pénal autrichien §§ 106, 118, etc. — V. Gareis, *Institutionen*, p. 33.

(2) Celui qui étudie, par exemple, les prescriptions de ce qu'on appelle le droit des voies maritimes (*Seestrassenrecht*) — prescriptions qui se ressemblent dans tous les grands Etats maritimes — et en particulier celles qui ont pour but de prévenir les collisions de navires est aussitôt enclin à les considérer comme reposant sur une *Vereinbarung* internationale. Cependant il s'agissait au début ici de réceptions du droit anglais (comp., sur l'historique, Romberg, *Strassenrecht auf See*, Berlin, 1896, p. 4 sq. ; Perels, *op. cit.*, p. 132 sq. ; Prien, *Zusammenstoss von Schiffen*, Berlin, 1896, p. 151 sq.), et bien que, plus tard, le texte de ces règlements ait été arrêté dans des conférences internationales, on n'a jamais *formellement* décidé que l'introduction de ces règlements serait obligatoire. Exact, Perels, *op. cit.*, p. 12. Stoerk, H. H., II, p. 546, admet une *Vereinbarung* ; on pourrait *tout au plus* la concevoir comme « tacite ». La dernière révision des « *Regulations* » par la conférence de Washington (du 17 octobre au 31 décembre 1889) n'a eu que le caractère d'un remaniement par un congrès de praticiens, et l'acte final (M. N. R. G.², XVI, p. 415) n'est nullement un traité international. Autres exemples : l'Empire Allemand était obligé de limiter la compétence de ses tribunaux consulaires en Egypte et à Samoa ; les lois et règlements correspondants (lois d'Empire du 30 mars 1874, du 5 janvier 1880, du 6 juillet 1890, règlement impérial du 23 décembre 1875, du 23 décembre 1880, du 15 février 1897, du 29 octobre 1890) sont sans aucun doute internationalement relevants. Par contre, la présentation d'un projet de loi correspondant relativement à la juridiction consulaire à Tunis n'a été attribuée par le gouvernement de l'Empire qu'à un « désir » du gouvernement français ; l'Empire pouvait refuser (*Drucks. des Reichstags. 5. Legisl.-Per., II. Session*, 1882-83, n° 365, p. 4) ; en ce qui concerne la renonciation en Bosnie et Herzégovine, on ne trouve aucune allusion à une entente internationale (*Id.*, *4. Lég.-Per.*, *III. Session*, 1880, n. 95). Autant que j'ai pu l'apprendre, il n'y avait ici aussi qu'un « désir » du gouvernement austro-hongrois, et on n'a conclu un arrangement obligatoire ni avec lui ni avec la France. Par suite, la confection des lois d'Empire des 7 juin 1880 et 27 juillet 1883, et des règlements des 23 décembre 1880 et 21 janvier 1884 n'était pas ordonnée par le droit international, même si aujourd'hui l'Empire est naturellement lié par sa

impose à l'étranger — prescriptions sur les passeports, lois douanières et fiscales, etc... — peuvent se trouver aussi bien *contraires* au droit international que conformes à une permission du droit international ; il peut se faire aussi que le droit international ne se sente nullement intéressé par ces dispositions.

On pourrait être tenté, pour décider si une loi d'Etat est ou non internationalement importante, de considérer si la *clause de réciprocité* (*Gegenseitigkeitsklausel*) existe ou fait défaut. Lorsque le législateur, pourrait-on dire, n'a accordé un privilège à l'étranger que sous réserve de réciprocité, il ne peut pas avoir agi sous la pression d'un devoir international. S'il était juridiquement lié, il ne pourrait point faire dépendre sa concession d'une prévenance de l'étranger ; car, même s'il s'agit de droits et devoirs *réciproques*, le fait qu'un Etat se place sur le pied de la réciprocité dénoterait une mince confiance non seulement en la loyauté de l'autre contractant, mais aussi en la force du droit. Inversement : si la clause fait défaut en des matières où ailleurs on la rencontre, et où on pouvait s'attendre à la rencontrer d'après la nature des choses, la règle juridique, dit-on, doit être ordonnée par le droit international. Car autrement l'Etat se serait lié par sa loi vis-à-vis de l'étranger, sans pouvoir compter, de la part de celui-ci, sur un traitement également favorable. Certes, des considérations de ce genre peuvent dans certains cas être justes ; mais en général elles sont certainement

renonciation. Par contre, l'Italie, par exemple, s'est formellement obligée à renoncer à la juridiction consulaire à Tunis par le protocole du 25 janvier 1884 (*Journal*, XII, p. 686). Le cas est encore plus singulier de la loi d'Empire du 4 décembre 1876 et du règlement impérial du 29 mars 1877, concernant la période réservée pour la capture des phoques. Dans les motifs du projet de loi (*Drucks. d. Reichstags.* 2. *Leg.-Per. IV. Sess.*, 1876, n. 25, p. 4 sq.), il a été dit que l'Angleterre avait demandé la collaboration de l'Empire en vue de réprimer la capture des phoques pendant certaines périodes de l'année et que l'Allemagne la lui avait promise ; même, le gouvernement suédo-norvégien avait proposé une *Vereinbarung*. La loi devait seulement accorder à l'Empereur l'autorisation d'édicter, d'accord avec le *Bundesrath*, les interdictions correspondantes par voie de règlement, puisque, notamment en ce qui concerne la *période réservée*, des *Vereinbarungen* internationales étaient encore nécessaires. La confection du règlement de 1877 fait naturellement supposer que cette *Vereinbarung* a été réalisée. Cependant, comme le secrétaire d'Etat de l'Intérieur me le fait obligeamment savoir, un accord formel n'est pas intervenu ; le règlement a été formulé simplement en concordance avec les règlements, déjà édictés ou encore attendus, des autres Etats intéressés (Grande-Bretagne, Norvège, Pays-Bas). V. aussi *Drucks. d. Bundesraths*, 1877, I, n° 28.

fausses. Bien qu'en effet on rencontre fréquemment la clause de réciprocité surtout dans le droit internationalement irrelevant (1), et que souvent on ne la rencontre pas dans le droit ordonné par le droit international, nous connaissons cependant assez de droit interne indubitablement « ordonné », qui a également été édicté sous réserve de réciprocité. Ainsi, pour ne donner qu'un exemple, les attaques contre les Etats étrangers et leur souverain sont punies, dans les §§ 102 à 104 du code pénal allemand, à la condition seulement que la réciprocité soit garantie ; au contraire, l'offense aux ambassadeurs et aux emblèmes de souveraineté des Etats est punie sans cette condition (2). La seconde seulement de ces lois pénales, et non la première, aurait-elle réellement été dictée par le droit international ? Il serait tout à fait impossible de découvrir pourquoi (3). Et d'un autre côté, il ne manque point de droit non ordonné, dans lequel on ne rencontre point cette clause. Ainsi, par exemple, l'Empire Allemand, sans y faire figurer cette réserve, a étendu certaines dispositions à la protection des câbles télégraphiques sous-marins dans les eaux territoriales, alors

(1) Comp. les règles juridiques qui assimilent les étrangers aux nationaux en ce qui concerne la procédure : par exemple, pour la garantie des frais (code de procédure civile, § 102 ; code de procédure pénale, § 419, al. 1), ou pour le droit des pauvres (code de procédure civile, § 106, al. 2 ; code de procédure pénale, § 419, al. 3). On rencontre surtout la clause là où le législateur veut ouvrir la voie à un développement, désiré par lui, du droit international ; ainsi en est-il dans l'article 211 du *codice per la marina mercantile* (suppression du droit de prise sur la propriété privée en temps de guerre maritime), dans le Règlement autrichien du 13 mai 1866, etc.

(2) De même, la loi fédérale suisse sur le droit pénal fédéral, du 4 février 1853, fait dépendre de l'existence d'une clause similaire la poursuite pénale pour attaques publiques contre les peuples, souverains et gouvernements étrangers ; mais non point celle pour attaques et méfaits contre les ambassadeurs accrédités près de la Confédération, ni celle pour violation des territoires étrangers ou autres « actes contraires au droit international » (v. ci-dessous, § 13, 1).

(3) Il est intéressant de remarquer qu'à l'occasion de la révision du code pénal en 1875, le gouvernement de l'Empire proposait d'effacer la condition de réciprocité des §§ 102 et 103, précisément en faisant valoir que chaque Etat est *internationalement obligé* d'empêcher et de punir les entreprises qu'interdisent ces paragraphes. Comp. *Drucks. d. Reichstages, 2. Leg.-Fer., III. Sess.* 1875-1876, I, n. 54, p. 36 sq. La proposition ne fut pas sanctionnée par le *Reichstag*. V. à ce sujet Meves, dans le *Handbuch des Deutschen Strafrechts* de Holtzendorff, IV, Berlin, 1877, p. 289, n. 1 ; Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, p. 592, n. 10.

qu'il n'était obligé d'établir des normes et des lois pénales que pour la haute mer (1). Nous verrons plus tard que la clause de réciprocité doit aussi jouer un rôle important dans le droit internationalement ordonné ; mais elle ne peut pas servir de critère pour distinguer le droit internationalement indifférent du droit internationalement important (2).

Enfin, quand nous voulons déterminer si une loi est internationalement importante ou non, nous ne pouvons pas nous en rapporter seulement au fondement que le *législateur* a personnellement indiqué dans la loi elle-même ou peut-être dans les « motifs » du projet ou les discussions parlementaires y relatives. Le législateur peut aussi se tromper. Il pense remplir par sa loi un devoir international ; et, en réalité, il n'est pas lié comme il le croit, ou bien il ne l'est pas dans la mesure où il le croit (3). Inversement, il élabore sa loi, sous la pression seulement des autres Etats, dans l'intention d'éviter des complications, et en protestant solennellement contre l'idée qu'il se reconnaît une

(1) Comp. la loi d'Empire du 21 novembre 1887, § 1, avec les articles 1, 12 du traité du 14 mars 1884 (*R. G. Bl.*, 1888, p. 151 ; M. N. R. G. 2, XI, p. 281.

(2) Il en est de même pour la *clause de rétorsion*. Elle n'est qu'une forme de la réserve de réciprocité, basée sur une autre « présomption » ; v. Bar, *Theorie u. Praxis*, I, p. 209. Et il n'en est pas autrement, lorsqu'une *demande* des organes de l'Etat étranger ou une *instruction* particulière des hautes autorités du pays sont nécessaires pour que certains avantages soient accordés aux Etats étrangers ou à leurs nationaux. Cela nous intéressera dans un autre passage de ce livre, et à plusieurs points de vue. — Il s'agit de toute autre chose quand on se demande dans quelle mesure l'absence de la clause de réciprocité permet de conclure que la protection accordée à un bien doit être ou non accordée aux biens étrangers. Comp. par exemple, en ce qui concerne les prescriptions sur les armoiries publiques dans la loi d'Empire sur la protection des marques de fabrique du 30 novembre 1874, § 3, al. 2, *Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts*, XXIV, p. 294 sq., et *Entschs. d. Reichsgerichts in Civils.*, III, p. 70 ; XXI, p. 1.

(3) Il en est ainsi quand un Etat interprète ses lois de neutralité plus strictement qu'il ne serait nécessaire d'après le droit international, quand, par exemple, il interdit à ses sujets le commerce de contrebande, la violation du blocus, la résistance à la visite, l'entrée dans les armées des parties belligérantes, au lieu de se contenter des avertissements habituels. Comp. les règlements autrichiens du 25 mai 1854, du 27 juillet 1870, du 11 mai 1877. En Angleterre, ainsi qu'on le sait, on soutient, et parfois passionnément, que le *foreign enlistment act* de 1870 (33 et 34, Vict., ch. 90), dépasse de beaucoup les limites du droit internationalement ordonné. Ce n'est pas sans raison pour quelques dispositions ; mais ce ne sont précisément pas celles contre lesquelles se tournent les adversaires les plus violents.

obligation (1), et il est cependant internationalement obligé de légiférer. Dans les deux cas son opinion ou sa prétention sont indifférentes. Il ne s'agit pas pour nous de savoir s'il se *sent* déterminé par le droit international à prendre telle attitude, mais s'il *peut* ou *doit* être déterminé par lui.

Ainsi, notre question ne peut jamais recevoir une réponse certaine, quand le *droit international* lui-même ne fournit pas une suffisante indication. Malheureusement la *science* du droit international, qui devrait être pour nous un intermédiaire secourable, aggravera plus qu'elle ne facilitera notre tâche. D'abord, elle a frauduleusement introduit dans le droit international une foule d'objets falsifiés ; nous avons déjà effleuré ce sujet en traitant de la question particulière de l'importance internationale du droit privé et pénal international. Si tous les dogmes qui sont exposés dans les traités et manuels étaient réellement ce pour quoi ils se donnent, c'est-à-dire du droit international positif, alors la matière du droit interne internationalement important devrait croître dans des proportions effrayantes. Dans ce droit rentreraient tous les « droits fondamentaux », si ardemment défendus, des Etats : droit à la conservation, à l'indépendance, au commerce, au respect, de quelque nom qu'on les appelle, et, en même temps, les devoirs correspondants ; en vérité, il n'y aurait plus que bien peu de droit interne, qui ne soit pas créé en vertu de quelque devoir international ou grâce à une autorisation internationale ; encore ce droit interne réduit serait-il la plupart du temps... contraire au droit international. Ajoutez à cela la confusion qu'on fait de temps immémorial, et qui paraît presque irrémédiable, entre les frontières du droit international et celles du droit interne. Il n'est point difficile certes d'assigner telle règle particulière au système juridique auquel seul elle peut appartenir, d'identifier notamment le droit interne faussement estampillé droit international. Mais nous devons maintenant rechercher les règles du droit international, dont *pourrait* dépendre ce droit interne. Et ce travail reste vain, plus souvent qu'on

(1) Ainsi en 1897 la République sud-africaine a abrogé, sous la pression du gouvernement anglais, sa récente loi sur l'émigration, mais en protestant contre l'idée que cette loi constituait une violation de la Convention de Londres de 1884. Il *serait* au moins possible que le gouvernement du Transvaal ait tort. Je ne veux pas décider de cela : les juristes anglais eux-mêmes ne sont nullement d'accord à ce sujet.

ne saurait le croire. Au milieu du prétendu droit international, se trouvent maintes règles du droit interne, qui ne sont pas même internationalement relevantes (1) !

Par bonheur, il ne rentre pas dans notre plan de déterminer toutes les différentes règles du droit interne du point de vue de leur importance internationale. Non seulement parce qu'il serait impossible d'embrasser toute la matière ainsi comprise, mais aussi parce qu'il faudrait se livrer à l'examen *séparé* de tous les systèmes juridiques. Car, puisqu'il n'y a pas un droit international « général », également obligatoire pour tous les Etats, comme nous l'avons démontré ci-dessus (2), il est non seulement concevable, mais il arrive constamment que, des règles juridiques de différents Etats ayant un même contenu, l'une est internationalement importante, l'autre internationalement irrelevante. Quand, pour rappeler un exemple déjà utilisé, un Etat qui ne fait pas partie d'une union monétaire fait concorder son système monétaire, sans entrer lui-même dans l'union, avec celui des Etats qui en font partie, comme l'a fait l'Espagne en 1868 à l'égard du système de l'Union monétaire latine (3), sa loi monétaire est internationalement irrelevante, celles des Etats de l'Union sont internationalement ordonnées. Même pour chaque droit interne particulier, l'examen devrait se limiter à une période exactement précisée, pour être conduit avec certi-

(1) Ainsi, par exemple, tout ce que l'on comprend régulièrement en droit international sous le nom de *Postliminie* n'est point du droit international, mais du droit interne, et la plus grande partie de ce droit est internationalement indifférent. Récemment, v. Kirchenheim (H. H., IV, p. 821 sq., etc.) a affirmé avec emphase que les règles juridiques sur le postliminium sont du droit international, et tout son traité prouve qu'elles ne le sont pas. En ce qui concerne en particulier le droit de *reprise*, il peut tout au plus, dans la mesure où il s'agit de biens des neutres ou des alliés, être internationalement important (exact, Heffter, *Völkerrecht*, p. 416) ; mais il en est de même d'une façon générale de toutes les prescriptions du droit privé ou administratif relatives à la *propriété du butin*, au partage du prix de vente des prises, etc... Qu'importe à l'Etat ennemi ce qu'il advient des biens qui lui sont pris ou qui sont pris à ses sujets, s'il doit d'abord souffrir qu'ils soient pris ? Exact, déjà, Burlamaqui, *Principes*, IV, 7, § 28 sq. Le fait que les récentes codifications du droit privé, à l'encontre de l'exemple du droit privé prussien, font rentrer le droit de prise dans le droit international (v. les renseignements de v. Kirchenheim, *op. cit.*, p. 832, n. 5 et 6) ne prouve pas que ce droit appartient au droit international, mais *ou bien* que le législateur n'a pas voulu changer ou rejeter le droit coutumier, *ou bien* qu'il n'a pas pu se défaire d'une doctrine fausse.

(2) Comp. p. 82.

(3) Comp. ci-dessus p. 100, n. 2.

tude. Car, puisque le droit international ne reste pas éternellement semblable à lui-même, l'importance internationale d'une règle juridique étatique peut changer du jour au lendemain. Un droit internationalement indifférent devient un droit conforme au droit international : les lois de succession au trône de deux Etats, qui, pour des raisons historiques, ont établi la souveraineté d'une seule et même dynastie, quand ces Etats concluent une union réelle, les anciennes lois sur le droit d'auteur, quand une convention littéraire est conclue (1), les peines du code pénal fédéral allemand contre ceux qui troublent l'utilisation des télégraphes (§§ 317, 318), quand l'Empire conclut un traité sur la protection des câbles (2), — cessent d'être des lois internationalement irrelevantes et deviennent du droit internationalement ordonné. Inversement : des lois conformes ou contraires au droit international se transforment en droit internationalement indifférent : qu'on songe d'une part à ces lois de succession lorsque se termine une union réelle (3), d'autre part, au droit français qui — ce qui au début était cer-

(1) C'est ce qui s'est produit à l'égard des Etats de l'Union, pour le décret français du 28 mars 1852 et la loi belge du 22 mars 1886, art. 38, qui sans traité et sans clause de réciprocité, assimilaient les droits des auteurs étrangers à ceux des auteurs nationaux, quand la France et la Belgique sont entrées dans l'union littéraire plus tard conclue.

(2) Certes, les dispositions du code pénal fédéral n'étaient pas suffisantes au point de vue international. Elles ne punissaient, du moins d'après l'opinion générale, que les dommages qui *avaient eu pour conséquence* d'empêcher ou de troubler l'utilisation des appareils, tandis que les art. 2 et 12 du traité prévoient la pénalisation de tout dommage fautif causé à un câble, et qui *pourrait avoir pour conséquence* une interruption ou un trouble des communications télégraphiques. Par extraordinaire, on avait bien remarqué cela lorsqu'on présenta le *traité* au *Reichstag* (comp. l'exposé des motifs dans les *Drucks. d. Reichstags, 5. Leg.-Per. IV. Sess.*, 1884, n° 174, p. 12), mais on l'avait complètement oublié lorsqu'on présenta le projet qui devint la loi du 21 novembre 1887 : ce projet ne punissait que les actes contraires aux art. 5 et 6 et la résistance aux commandants de navires de l'art. 10 du traité ; pour le reste, il s'en rapportait aux §§ 317, 318 du code pénal (Comp. les motifs du projet, *Drucks. d. Reichstags, 7. Leg.-Per., I. Sess.*, 1887, n° 121, p. 13). — Ce n'est que par l'art. 2 de la loi d'Empire du 13 mai 1891 qu'on a réparé la méprise (Comp. les motifs du projet, *Drucks. des Reichstags, 8. Leg.-Per., I. Sess.*, 1890-91, n° 36, p. 6).

(3) Si la loi de succession ne finit pas aussi par là. — Du reste, en un certain cas, une loi internationalement ordonnée peut cesser d'être *internationalement* ordonnée, mais rester cependant *ordonnée* : c'est ce qui se produit quand l'Etat est obligé de maintenir une loi de ce genre par la législation de l'Etat fédéral dans lequel il entre.

tainement contraire à toute la pratique internationale — n'accordait l'accès des tribunaux internes contre les étrangers qu'aux nationaux ; tout cela est devenu, avec le temps, internationalement indifférent (1). Enfin, il est possible qu'une règle du droit interne soit à la fois internationalement ordonnée et internationalement irrelevante : je pense aux lois déjà nommées sur le droit d'auteur, qui constituent un droit ordonné à l'égard des Etats contractants et un droit indifférent à l'égard des autres. Même, il n'est pas complètement impossible qu'une seule et même règle soit à la fois conforme et contraire au droit international, si elle a été édictée de telle façon, qu'elle constitue l'exécution d'un engagement pris envers l'Etat A et la violation d'un engagement pris envers l'Etat B, — phénomène rare, qui ne s'explique que parce qu'il n'y a pas un droit international qui vaille également pour *tous* les Etats (2).

## II

Naturellement, dans le droit internationalement important, le droit conforme au droit international est plus important pour nous que le droit contraire au droit international. Aussi est-ce de lui que nous aurons d'abord à nous occuper dans les pages qui suivent. Cependant, le droit contraire au droit international ne doit jamais être perdu de vue, et il doit être observé sous ceux de ses aspects qui offrent de l'intérêt.

L'objet de nos recherches est le *droit* conforme au droit international. Toute *loi* d'Etat contient, d'après l'opinion qui me

(1) Je ne veux pas aborder la question de savoir si encore aujourd'hui l'art. 14 du code civil français ou, en partie, le § 24 du code de procédure civil allemand doivent être considérés comme « contraires au droit international » (en ce sens, v. Bar, *op. cit.*, II, p. 399, 456). Il est exact qu'on est « autorisé » à user de rétorsion contre des prescriptions de ce genre : mais, comme on le sait, la rétorsion ne constitue pas toujours un dédommagement pour une violation du droit. Voir aussi : *Entsch d. Reichsoberhandelsgerichts*, IV, p. 323, sq.

(2) Si on voulait résoudre la difficulté d'après les principes « généraux », on devrait naturellement rechercher quel « devoir » l'emporte sur l'autre, par exemple, si l'accomplissement du devoir envers B ne serait pas *nul* à cause du devoir contraire qui s'impose envers A. Mais ce serait là supposer un développement de la société internationale, qui, à mon avis, ne s'est pas encore produit : un système de ce genre n'est concevable que dans les rapports fédéraux.

paraît exacte, du droit *objectif* (1). Mais le droit étatique est aussi créé sous forme de *règlement*, quelque nom technique que cette forme porte ici ou là. Les « instructions de service » peuvent aussi contenir des règles juridiques, bien qu'il soit souvent très difficile de distinguer dans ces « instructions administratives » les dispositions qui sont du droit objectif, de celles qui ne sont qu'une émanation du pouvoir hiérarchique (2). Pour le but que nous poursuivons, peu importe naturellement que le droit interne, dont nous devons examiner les rapports avec le droit international, ait apparu sous l'une ou l'autre de ces formes, que par exemple le traitement des prisonniers de guerre ou la procédure des prises aient été organisés par une loi ou par un règlement. On suppose seulement toujours que ce dernier contient de véritables règles juridiques, ce qui, comme on l'a remarqué, n'est pas toujours facile à discerner (3).

Nous n'avons à traiter que du droit interne conforme au droit *international*. Ainsi ne rentrent dans le domaine de nos recherches ni le droit dont la production est conforme à un droit, mais pas au droit international, ni le droit qui a été créé conformément à des normes non juridiques, par lesquelles le législateur s'est senti lié. Cela ne mérite une mention particulière que pour deux branches du droit interne.

D'abord, pour le droit édicté en vertu de *Vereinbarungen* étatiques passées avec l'*Eglise*. Les concordats ne sont point des traités internationaux (4), et le droit conforme au concordat n'est pas un droit conforme au droit international.

Comme le droit international ne fonde des droits et des de-

(1) Je ne peux pas aborder la fameuse discussion qui a trait au concept de loi « au sens formel ».

(2) V. surtout Hänel, *Studien*, II, p. 235 sq.

(3) Il est parfois embarrassant aussi de dire si un traitement favorable, accordé à certaine personne en vertu d'un devoir international, forme le contenu d'une règle juridique ou d'un *privilège* (au sens subjectif) ; cette question est, par exemple, très discutée à propos du règlement prussien du 21 juin 1815, n° 4, en ce qui concerne l'exemption d'impôts accordée aux médiatisés. V. le jugement (qui n'est pas complètement à l'abri de tout reproche) du *Reichsgericht* dans les *Entsch. des Reichsgerichts in Civils.*, XVII, p. 235 sq.

(4) Comp. p. ex. le § 103 de l'édit bavarois du 26 mai 1818 (deuxième supplément à la Constitution) et la publication du concordat du 5 juin 1817 dans le *Gesetzblatt* du 22 juillet 1818, — accomplissement de la promesse faite dans l'art. 18 du concordat : « *a Majestate Regia praesens Conventio lex status declarabitur.* »

voirs qu'entre les Etats en tant que tels, les règles juridiques étatiques qui ont été émises par suite de simples accords entre *familles princières* en tant que telles ne rentrent pas dans le droit conforme au droit international. Je pense notamment aux lois constitutionnelles ou dynastiques, dont les dispositions sur l'ordre de succession au trône visent d'anciens traités de famille, et en particulier les fraternisations successorales, qui ne sont point rares en Allemagne (1). Des traités de ce genre peuvent peut-être, dans les siècles passés, au temps où régnait la conception de l'Etat féodal et de l'Etat patrimonial, avoir été considérés au moins en partie comme des traités internationaux ; aujourd'hui, ils ne le sont plus. Par suite, le maintien des clauses constitutionnelles mentionnées n'est point internationalement ordonné, et leur abrogation ne serait point contraire au droit international (2). Naturellement, elles peuvent *devenir* internationalement importantes, quand l'Etat étranger, dont la maison régnante fait partie de celles qui seront éventuellement appelées par l'ordre de succession, fait son affaire de celle du prince, et *se* fait promettre, par voie de traité, l'introduction ou le maintien d'un droit déterminé de succession au trône (3), ou quand

(1) Constitution bavaroise, tit. 2, § 4, 5, et statut familial du 5 août 1819, tit. 5, § 2 ; Constitution du royaume de Saxe, § 7 ; Constitution du Grand-Duché de Hesse, art. 5, al. 2 ; Constitution du Luxembourg (1868), art. 3.

(2) Le contraire est soutenu, par exemple, par Hartmann, *Institutionen des Völkerrechts*, p. 56, et G. Meyer, *Deutsches Staatsrecht* (4e édit.), p. 237. Exact, Oppenheim, *System d. Völkerrechts* (2e édit.), p. 97. Il est naturellement encore plus certain que l'abrogation est « valable » ; conf. G. Meyer, *loc. cit.*, et dans son ouvrage : *Der Staat und die erworbenen Rechte*, Leipzig, 1895, p. 35 sq. De même, les normes du droit dynastique ou constitutionnel relatives à l'*égalité de naissance,* qui constatent la parité des souverains étrangers sont, en elles-mêmes, sans importance au point de vue du droit international ; Heffter, *Völkerrecht*, p. 122 (§ 53) ; Schulze, *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 221.

(3) Sans un accord spécial *entre Etats* — on doit particulièrement insister sur ce point aujourd'hui — le fait qu'un prince est prétendant au trône d'un Etat étranger n'a juridiquement rien à faire dans les relations de *son Etat* avec cet autre Etat. La question de savoir si le législateur de Lippe, en ce qui concerne la réglementation de la succession au trône, est lié par les droits agnatiques des princes de Schaumburg-Lippe n'est nullement une question controversée entre les Etats de Lippe et de Schaumburg-Lippe ! — Une question tout à fait différente est la suivante : les traités de succession ou de dévolution autrefois conclus par les *chefs d'Etat en tant que tels* sous l'influence de la conception féodale ou patrimoniale de l'Etat subsistent-ils encore aujourd'hui comme traités internationaux, et par suite le droit de succession au trône, qui en tient compte, doit-il être considéré comme conforme

des Etats tiers, dont les intérêts concordent pour une raison quelconque avec ceux des prétendants au trône, obtiennent des garanties similaires.

Nous ne parlons enfin que du droit qu'édicte son auteur pour l'exécution d'un devoir international *personnel*, pour l'exercice d'un droit international *personnel*. Ne rentrent donc pas dans notre étude les règles juridiques par lesquelles l'Etat-membre assiste l'Etat fédéral dans l'accomplissement des obligations qui s'imposent à *celui-ci*. Ainsi, par exemple, les dispositions des lois fiscales prussiennes qui exemptent des impôts d'Etat et communaux prussiens les ambassadeurs étrangers accrédités près de l'Empire Allemand (1). Elles ne rentrent pas plus dans notre sujet que les règlements similaires des unions autonomes qui font partie d'un Etat unitaire ; ces règlements, qui sont aussi dus le plus souvent à des ordres ou à des dispositions normatives de l'Etat, satisfont à des devoirs de leur Etat en matière internationale (2).

au droit international ? A cette question se rattache, par exemple, le conflit entre le Royaume de Saxe et l'Autriche à propos de la Haute-Lusace. Je ne peux pas poursuivre davantage sur ce sujet. Comp. surtout Fricker, *Grundriss des Staatsrechts d. Konigreichs Saxen*, Leipzig, 1891, p. 93 sq. ; en outre, Pfeiffer, *Neues Laus. Magazin*, L, p. 77 sq. ; Deumer, *Der rechtliche Anspruch Böhmen-Oesterreichs auf die Oberlausitz*, Leipzig, 1884 ; Max, duc de Saxe, *Staatsrechtl. Stellung d. Markgrafenthums Oberlausitz*, Leipzig, 1892 (ne se trouve pas dans le commerce), p. 1 sq., 24 sq. ; B. Schmidt (v. ci-dessus, p. 247 n. 1), p. 8 sq.

(1) V. en Prusse la loi sur l'*Einkommensteuer* du 24 juin 1891, § 3, n° 3 ; la loi sur l'*Ergänzungsteuer* du 14 juillet 1893, § 3 ; la loi sur les recettes communales du même jour, § 40, n° 2 et al. 2 ; 68, al. 6 ; v. aussi § 24, *b*.

(2) Comp. le règlement sur l'*Einkommensteuer* de la ville de Berlin, du 19 janvier 1895, § 5, *b* et *c* ; le règlement sur l'impôt sur les chiens, de la même ville, du 19 janvier 1895, § 15 ; le règlement sur les impôts communaux de la ville de Dresde, du 22 mars 1892, § 10, n. 2 ; le règlement pour les finances communales de la ville de Leipzig du 26 mars 1879, § 12, n° 2, dans la rédaction du troisième supplément du 17 avril 1896 (à propos de l'imposition des consuls étrangers), etc...

§ 12.

## Le droit interne internationalement ordonné

I

Nous nommons « internationalement ordonné » d'abord tout le droit interne dont la *création* se présente comme l'accomplissement d'un devoir international, et en outre, le droit que sans doute l'Etat a créé sans y être tenu, mais qu'il est obligé maintenant de *conserver* (1). Dans la première hypothèse, le devoir de l'Etat consiste à créer et à conserver le droit, dans la seconde, il ne consiste qu'à conserver le droit (2). Inversement, quand les Etats sont internationalement astreints à avoir, à une époque déterminée,un droit d'un contenu déterminé, l'Etat qui possède le droit dont il s'agit viole son devoir s'il *abroge* ce droit et s'il s'abstient ensuite de le réintroduire, tandis que celui qui ne possède point dès le début le droit ordonné ne viole son devoir que s'il ne l'introduit pas ; mais tous les deux commettent, si je puis ainsi dire, un « délit de durée » (*Dauerdelikt*) international.

(1) Maints traités tiennent compte du fait que le droit interne dont ils prévoient l'introduction existe peut-être déjà dans quelques-uns des Etats contractants. Comp. par exemple la convention internationale pour la lutte contre le phylloxera du 17 septembre 1878 (M. N. R. G.[2], VI, p. 261 ; *R. G. Bl.*, 1880, p. 15), art. 1er : « Les Etats contractants s'engagent à compléter, *s'ils ne l'ont déjà fait*, leur législation intérieure, en vue de... »

(2) Le devoir de conservation peut se rattacher, par un lien subtil, à la création juridique qui est encore indifférente au point de vue international. D'abord, quand la *Vereinbarung*, qui oblige à légiférer, est provoquée d'un ou de plusieurs côtés *par* la confection d'une loi ; v. ci-dessus, p. 100. Ainsi les lois par lesquelles l'Autriche et la Hongrie ont fondé leur union réelle étaient d'abord internationalement irrelevantes. Elles se sont transformées en droit ordonné, au moment même où l'union a été conclue. Mais comme la loi autrichienne fut promulguée après la loi hongroise, celle-ci a été pendant un certain temps internationalement indifférente ; celle-là ne l'a pas même été une seconde. — Il en est de même quand un gouvernement ratifie le traité qui l'oblige à faire une législation, sous la réserve qu'il fera voter par le Parlement la loi ordonnée. Dans ce cas, son devoir n'apparaît qu'au moment où la loi est terminée. V. aussi ci-dessous, III.

Nous ne pouvons pas maintenant ne pas commencer par exclure expressément de la catégorie des règles internationalement ordonnées certaines catégories de règles du droit interne que l'on confond fréquemment avec elles. Il s'agit de règles juridiques qui sont bien édictées en *considération* du droit international, mais non pas pour accomplir un devoir international ; il sera peut-être permis de les désigner par l'appellation collective de *droit occasionné par le droit international*. Je me borne à ce qui est indispensable pour sérier les questions.

L'Etat fait une loi pour remplir la *condition* moyennant laquelle des droits internationaux lui ont été concédés par traité ou *Vereinbarung*. L'expression populaire qui dit, en de tels cas, que la partie contractante « doit » faire ceci ou cela avant d'être investie de ses droits, a parfois conduit en cette matière à d'extraordinaires confusions. Elles sont cependant en général faciles à éviter. Par les traités de novembre 1870, par exemple, la Confédération de l'Allemagne du Nord ne s'obligeait point à modifier sa Constitution, mais les Etats de l'Allemagne du Sud s'obligeaient à entrer dans la Confédération à condition que la Constitution fût organisée d'une façon déterminée (1). Lorsque le gouvernement égyptien, en 1875, édicta le règlement pour l'organisation des tribunaux internationaux mixtes, il ne le fit pas pour remplir un devoir, mais pour remplir la condition, moyennant laquelle de nombreux Etats consentaient à renoncer, dans une certaine mesure, à leur juridiction consulaire en Egypte (2). Ce règlement n'est point du droit interne ordonné par le droit international ; c'est, pour l'appeler de ce nom, du droit interne *supposé par le droit international*. Il en est de même quand, sinon la loi, du moins la conséquence qu'elle entraîne après elle forme la condition, moyennant laquelle l'Etat peut acquérir ou faire valoir des droits contre d'autres. Il est bien entendu par exemple, que ce n'est pas le devoir de l'Etat de faire juger, par des tribunaux de prises de la « validité » de la prise. Mais le jugement dans le procès en réclamation est la condition indispensable, moyennant laquelle l'ennemi ou les neutres doivent se

(1) V. ci-dessus, p. 179.

(2) V. le règlement dans M. N. R. G. ², II, p. 680, et le protocole d'adhésion, *id.*, p. 690 sq. On doit aussi considérer comme accomplissement des conditions les modifications du droit matériel et de la procédure que l'Egypte a en partie réalisées dans ce règlement.

résigner à la confiscation du bien qui a été pris. En conséquence, les lois sur la procédure des prises ne sont point du droit interne ordonné, mais du droit interne supposé par le droit international. D'autre part, on ne doit traiter comme « combattants » dans une guerre que les hommes qui appartiennent à l'armée régulière et les « irréguliers » qui, encadrés dans une organisation déterminée, sous une direction responsable, sont extérieurement reconnaissables comme combattants (1). Par suite, c'est du droit internationalement supposé qui apparaît, quand l'Etat, organisant législativement sa puissance armée, institue des formations telles que la *Landwehr* ou le *Landsturm*, de telle manière qu'en temps de guerre la qualité de combattants doive être accordée aux hommes qui en font partie ; tel a été le cas de la loi d'Empire allemande du 12 février 1875, quand elle a décidé que le *Landsturm*, pour être employé contre l'ennemi, doit recevoir des insignes militaires reconnaissables à portée de fusil, être régulièrement formé en sections distinctes et être soumis aux lois et à la discipline militaires (2). Ces exemples suffisent, je l'espère,

(1) Comp. à ce sujet, pour plus de détails, Lueder, H. H., IV, p. 373 sq. C'est, à mon avis, un contresens de dire que l'Etat a le *devoir* de ne se servir que de pareilles troupes. Non, il n'agit pas contrairement au droit, quand il envoie contre l'ennemi des francs-tireurs sans aucune organisation. Seulement, il ne peut pas se plaindre si l'ennemi les traite comme des partisans.

(2) §§ 4, 5. Les motifs du projet de loi (*Drucks. d. Reichstags, 2. Leg.-Per. II. Sess.*, 1874-75, nº 14) s'expriment très correctement : « A la levée en masse irrégulière doivent, le cas échéant, se substituer l'organisation militaire du *Landsturm* et la soumission de celui-ci aux lois militaires. On se place par là sur un terrain qui assure au *Landsturm*... la *protection internationale*. La levée du *Landsturm* sur cette base ne peut pas donner à l'adversaire le droit ni même lui fournir le prétexte de prendre des mesures qui ne correspondent pas aux principes du droit international. » V. aussi discours de v. Kameke, ministre de la guerre, compte-rendu sténog. du *Reichstag, Id.*, I, p. 37. (Le fait que les dispositions correspondantes du § 23 de la loi d'Empire du 1er février 1888 modifiant le devoir militaire sont rédigées un peu différemment n'a pour conséquence, d'après la déclaration de l'exposé des motifs — *Drucks. d. Reichstags, 7. Leg.-Per. II. Sess.*, 1887-88, nº 38, p. 16 — aucune modification de fond). — De même, la loi, tout à fait semblable, concernant le *Landsturm* de la Confédération suisse (v. not. les art. 1, 5, ainsi que le règlement d'exécution du 5 décembre 1887, art. 28) doit son origine à une motion du *Ständerath* du 23 mars 1885, qui invitait le *Bundesrath* « à proposer de quelle manière le caractère et les droits des combattants doivent être assurés à la défense nationale, c'est-à-dire, au *Landsturm* ». V. Blumer-Morel, *Bundesstaatsrecht*, 2e édit., II, 2, p. 409. Ce but est exprimé sous une forme remarquable dans la loi *autrichienne* du 6 juin 1886 con-

pour rendre claire la différence (1) ; elle est d'ailleurs d'une importance très pratique. Importance, d'abord, internationale : puisque l'Etat ne viole aucun devoir en abrogeant ces lois, il ne peut être obligé de les conserver par aucun des moyens de contrainte qu'admet le droit international. Si un traité en-

cernant le *Landsturm*. Le § 1 est ainsi conçu : « Le *Landsturm* forme une partie intégrante de la force armée, et, *comme tel, est placé sous la protection du droit international.* » Comp. §§ 6, 7, et règlement du ministre de la défense nationale du 20 décembre 1889, ainsi que les §§ 23, 26, 28 de la loi du 10 mai 1895, concernant l'organisation de la défense nationale dans le Tyrol et le Voralberg.

(1) Cas douteux : A. La *loi italienne des garanties* du 13 mai 1871, dans la mesure où elle devait assurer l'indépendance personnelle du pape et la liberté de ses relations avec la chrétienté catholique et le monde. Elle a parfois été comprise comme l'accomplissement de la condition, moyennant laquelle les puissances catholiques renonçaient à une intervention en faveur du pape. Telle paraît être l'opinion de Geffcken, H. H., IV, p. 147 (mais elle est différente dans H. H., II, p. 201 sq.). Comme le prouve l'histoire de ses origines — dans la mesure du moins où elle est connne —, cette loi a été faite en vue de donner une satisfaction aux Etats qui avaient réclamé et obtenu une garantie pour le libre exercice du pouvoir spirituel du pape et pour la possibilité de communiquer sans entraves avec lui ; conf. Geffcken, *op. cit.*, II, p. 167, 173, etc... Je considère ainsi la loi comme internationalement ordonnée, et non point, suivant l'expression de Chauveau, *Droit des gens, Introduction*, p. 84, n° 2, comme « une règle commune aux Etats européens ». Exacts, Heilborn, *System*, p. 190, 210 sq.; au fond aussi v. Holtzendorff, H. H., I, p. 116. En fait, les Etats intéressés se sont presque sans exception déclarés satisfaits de la loi ; Geffcken, *op. cit.*, II, p. 173. Les écrivains italiens remarquent, la plupart avec emphase, que l'Italie « *peut* » (*könne*) abroger ou modifier la loi : on n'en doit pas douter ! — B. Que doit-on penser des dispositions de *l'acte du Congrès de Berlin* du 13 juillet 1878 (M. N. R. G. ², III, p. 449) qui ont proclamé l'indépendance du Monténégro, de la Serbie, de la Roumanie, à la condition que ces Etats accorderaient, dans une mesure déterminée, la liberté du culte et reconnaîtraient l'égalité des confessions, ce qu'ils ne pouvaient naturellement faire que par des lois (art. 26, 27, 34, 35, 43, 44) ? De même, des dispositions correspondantes pour la Bulgarie (art. 5) ? Condition ou commandement ? On doit admettre la première hypothèse : naturellement, pas une condition contractuelle, car ces Etats n'étaient pas contractants. Mais leur reconnaissance comme Etats souverains (en ce qui concerne la Bulgarie, comme Etat) ne leur fut publiquement promise que sous la condition ci-dessus indiquée, et les Etats contractants s'engageaient réciproquement à n'effectuer la reconnaissance que si la condition était exécutée. En sens contraire, v. Liszt, *Völkerrecht*, Berlin, 1898, p. 26 (Il ne faut pas dire pour cela qu'il s'agissait de conditions « résolutoires », comme v. Liszt le croit à tort. Le « commandement » me paraît inconcevable, étant donné que les petits Etats balkaniques n'étaient pas en fait parties contractantes). Cette conception rend oiseuse la question de savoir s'il était « légitime » d'empiéter sous cette forme sur l'« autonomie » des Etats. v. Holtzendorff, H. H., II, p. 28 ; Geffcken, *id.*, IV, p. 146. — C. *Le compromis austro-hon-*

lève aux parties le droit que leur reconnaissent les principes généraux de se retirer du traité quand l'une d'elles en *viole* les clauses, s'il remplace peut-être ce droit par un recours à l'arbitrage, cette clause n'a de signification que si la partie adverse modifie au préjudice de l'autre son droit interne ordonné par le traité, mais non point si elle modifie son droit interne supposé expressément ou tacitement lors de la conclusion du traité (1). D'autre part : nous étudierons plus tard une règle, importante surtout pour les juges nationaux, d'après laquelle les lois d'Etat dont le texte modifie un droit conforme aux traités doivent, si possible, être interprétées *in favorem* de la fidélité due aux traités. S'il ne s'agit que d'un droit supposé par le droit international, il n'y a évidemment pas lieu d'appliquer la règle (2).

Rentrent encore dans le droit supposé les normes juridiques internes auxquelles renvoie le droit international, quand il for-

*grois* de 1867 a-t-il été fait sous la condition qu'une « complète constitutionnalité », c'est-à-dire des formes constitutionnelles, serait établie en Autriche (comp. § 25 de l'art. XII de la loi de 1867) ? On sait que la question a joué un rôle dans les troubles des temps derniers. On doit, à mon avis, y répondre par l'affirmative.

(1) Ce point de vue, à ce qu'il me semble, a complètement été perdu de vue dans un intéressant conflit entre l'*Italie* et la *Suisse*. A l'époque où fut conclu entre les deux Etats le traité de commerce du 19 avril 1892 (M. N. R. G.², XVIII, p. 860), les droits de douane pouvaient être payés en Italie, d'après les dispositions en vigueur, en papier ; cela était naturellement connu de la Suisse, et peut n'avoir pas été sans influence sur la fixation des tarifs. Par un décret du 8 novembre 1893, plus tard renouvelé, le gouvernement italien exigeait que tous les droits de douane fussent payés en métal ou en une autre sorte de justification revenant au même. Le *Bundesrath* suisse éleva une réclamation et, s'appuyant sur la clause compromissoire de l'art. 14 du traité de commerce, demanda l'établissement du tribunal arbitral qui y était prévu pour les difficultés qui s'élèveraient sur « l'interprétation et l'application du traité » (notes du 23 novembre 1893 et du 6 mars 1894) ; l'Italie n'accepta pas. On voit de quel poids pèse la question soulevée au texte. Admet-on, avec le gouvernement italien, que la clause d'arbitrage ne peut pas trouver application ici, alors la partie qui subit un préjudice peut librement se retirer du traité pour inexécution d'une condition essentielle ; mais elle se gardera d'agir ainsi, si cela ne fait qu'augmenter par là le dommage. Sur cette affaire, v. *Revue générale*, I, p. 81 sq., 279 sq. ; Berney, *Revue*, XXVI, p. 204 sq. ; Contuzzi, *Revue du droit public*, I, p. 257 sq. ; Piédelièvre, *id.*, III, p. 307 ; Fuld, *Archiv f. öff. Recht*, IX, p. 568 sq.

(2) Cela aurait très bien pu être important pour l'Italie dans l'affaire exposée à la note précédente. Je ne connais aucune solution officielle de la question. Les attaques que subit le décret à la Chambre des députés avaient d'autres motifs.

mule des règles par blanc-seing (1). Lorsque le droit international s'en remet au droit interne pour la légitimation des organes de l'Etat, la nationalité des personnes ou des navires, etc..., il suppose sans doute que l'Etat a réglé ces situations ou les réglera. Dans ces cas donc le législateur national crée un droit internationalement « supposé » en un sens particulier. Mais non point un droit ordonné (2) : s'il voulait ne pas créer de droit — ce qui le plus souvent est inconcevable (3) — cela ne serait point une violation d'un devoir international, précisément parce que le contenu du droit est indifférent au droit international. Certes, cette indifférence peut se transformer en intérêt : nous avons déjà parlé de cela. Il importe, par exemple, à un Etat que, dans un autre, règne une dynastie déterminée ; il ne veut entretenir des relations qu'avec celle-ci. Si l'autre reconnaît cet intérêt, deux choses alors sont possibles. Ou bien, on limite par une *Vereinbarung* spéciale la règle juridique par blanc-seing qui est généralement en vigueur, et d'après laquelle tout organe de l'Etat, légitimé par le droit étatique, représente l'Etat à l'extérieur ; et on convient que seul le souverain appartenant à une dynastie déterminée sera nécessairement reconnu comme représentant de l'Etat par l'autre Etat ; alors, le droit étatique internationalement indifférent se transforme en un droit *supposé* au premier sens du mot. Ou bien, l'Etat est *obligé* de conserver d'une façon permanente la dynastie ; alors le droit supposé se transforme en droit *internationalement ordonné* (4).

Enfin, je range dans le droit interne « occasionné » par le droit international toute une importante masse de règles juridiques, qu'on ne peut guère classifier en détail, et qui, sans se rattacher d'une façon quelconque à des droits ou des devoirs internationaux du législateur, doivent cependant leur création à des considérations de droit international objectif. Ainsi, d'après la procédure allemande, les Allemands à l'étranger qui jouissent de l'exterritorialité peuvent ou doivent être assignés par

(1) V. ci-dessus, p. 228 sq.

(2) Exact, Heilborn, *System*, p. 215.

(3) Ainsi, on rencontre souvent dans les ouvrages de droit international cette proposition, que tout Etat « doit » avoir une Constitution qui détermine quel organe doit représenter l'Etat à l'extérieur. Cela « doit » naturellement être — sinon l'Etat serait précisément incapable d'entretenir des relations internationales.

(4) Comp. à ce sujet, ci-dessus, p. 229, n. 1 ; p. 230, n. 3.

l'intermédiaire du chancelier, du ministre des affaires étrangères de leur Etat particulier, du commandant des forces militaires ou navales (code de procédure civile, §§ 183, 184 ; code de procédure pénale, § 37), et non point, comme les autres Allemands à l'étranger, en s'adressant aux autorités étrangères ; la raison de cette différence est évidente. D'autre part, les Allemands qui jouissent de l'exterritorialité continuent à relever du tribunal de leur domicile dans leur pays (code de procédure civile, § 16 ; code de procédure pénale, § 11) ; autrement, puisqu'ils ne peuvent être poursuivis dans l'Etat de leur résidence, il serait souvent impossible à l'Allemand et à l'Etat allemand de faire valoir leur droit contre eux (1). Ces exemples peuvent facilement être multipliés ; nous aurons l'occasion d'en rencontrer encore quelques-uns.

## II

La loi juridique n'est jamais désirée pour elle-même. Elle ne vaut jamais pour la société comme but en soi-même ; elle ne vaut jamais que comme moyen en vue d'un but. L'intérêt qu'elle offre d'abord n'est point que le droit soit, mais que la vie sociale se façonne d'une manière déterminée. Si l'existence de règles juridiques peut présenter de l'intérêt, c'est seulement parce que les situations et les faits qui paraissent à la société nécessaires ou utiles ne se produisent pas ou ne se produisent pas régulièrement (elle le sait par expérience) sans l'existence d'un droit, tandis qu'au contraire ils sont provoqués par l'existence d'un droit avec une certitude et une régularité sinon absolues, du moins approximatives.

Ce n'est point précisément là une vérité nouvelle. Mais je dois la rappeler parce qu'elle est d'une certaine importance pour notre question.

Nous traitons ici de la création juridique étatique faite dans l'intérêt *d'autres Etats*, ou, si l'on veut, d'une « société internationale ». Cet intérêt ne se porte jamais en première ligne sur la création même du droit, mais sur ce qui se

(1) Du reste, cette disposition est aussi indispensable en droit international. Elle est le revers nécessaire de notre prétention à ce que nos ambassadeurs soient exemptés de la juridiction étrangère, et elle sert en outre à remplir les devoirs internationaux de responsabilité. Nous en parlerons plus tard.

produira si la norme juridique atteint son but, c'est-à-dire sur l'attitude que doivent ou peuvent prendre les organes et les sujets de l'Etat d'après la volonté du législateur. Il importe au belligérant que les troupes de son adversaire s'abstiennent de piller et de maltraiter les prisonniers, bien plus qu'il ne lui importe que cela leur soit interdit. Certes, il doit désirer que cette interdiction soit faite ; mais seulement parce que l'expérience lui enseigne que, sans l'interdiction, ce qu'il craint se produira très vraisemblablement, et que, l'interdiction faite, ce qu'il craint se produira peut-être, mais devra régulièrement ne point se produire.

Deux conséquences résultent immédiatement de cela.

C'est d'abord la *dépendance relative* du devoir de créer du droit imposé par le droit international. On ne peut guère concevoir un cas dans lequel l'Etat serait *simplement* obligé de légiférer, sans avoir dans la même matière d'autres devoirs internationaux, *au moins* aussi sérieux. Bien plutôt, à côté du devoir de créer du droit, se trouvent partout des devoirs de faire des actes étatiques de caractère non normatif, qui tous servent à faire apparaître la situation de fait, que la loi peut seulement vouloir, mais qu'elle ne peut pas produire. Cela est vrai même là où la loi peut agir véritablement en créatrice, c'est-à-dire quand elle fait apparaître des droits et des devoirs subjectifs. Car ici non plus, l'intérêt de l'Etat étranger n'est jamais épuisé, quand les personnes en faveur desquelles la loi d'Etat a été élaborée ont reçu le pouvoir tout idéal du droit subjectif ; il demande en même temps que leur échoie ce à quoi conduit le droit subjectif. L'Etat ne veut pas seulement qu'on accorde à ses sujets à l'étranger le droit de s'établir ou d'être juridiquement protégés, il veut qu'on leur accorde l'établissement lui-même, la protection juridique elle-même. Cela se comprend tellement de soi-même que souvent les traités se contentent d'imposer le devoir de *légiférer*, sans mentionner le devoir de faire tout ce qui peut être encore nécessaire pour satisfaire l'intérêt personnel de l'Etat créancier ; malgré cela cependant, l'Etat violerait le traité non seulement en s'abstenant de légiférer ou en rapportant la loi, mais aussi en s'abstenant de ces autres mesures (1). On ne

(1) Ce n'est donc pas exact de dire, comme Laband, *Staatsrecht*, 3ᵉ édit., I, p. 600, qu'un traité international est *exécuté* quand les normes auxquelles il sert de base sont édictées. L'exécution comprend encore, suivant

peut pas dire, d'une façon générale, en quoi consiste le détail de ces mesures. Ce sont des actes de nature très différente, qui cependant rentrent tous dans le domaine de l'exécutif (juridiction comprise), et notamment dans le domaine de ce qu'on appelle la « surveillance » (*Aufsicht*). Ce serait en tout cas se faire une conception beaucoup trop étroite que de ne penser qu'à « l'application », à « l'exécution » de la loi, en l'élaboration de laquelle consiste le devoir que le droit international a expressément édicté. Certes, dans la mesure où une règle juridique peut être « appliquée » par l'*Etat*, le devoir d'appliquer la règle juridique est, dans tel cas concret, lié au devoir international de créer cette règle. Mais fréquemment les actes ultérieurs en vue d'exécuter cette règle juridique internationalement ordonnée sont l'application d'un autre droit interne, d'un droit dont la création n'a *pas* été immédiatement ordonnée par le droit international (1).

les circonstances et en dehors de l'élaboration de la loi, toute une foule d'actes de l'exécutif.

(1) L'exécution d'une loi interne n'est ordonnée par le droit international *que* dans deux cas : ou bien, quand la loi elle-même est édictée pour accomplir un devoir international, ou bien quand un devoir international particulier ne peut être rempli qu'à l'aide d'actes, qui supposent l'exécution d'une loi nationale, laquelle n'est pas, en soi, ordonnée par le droit international. C'est donc une erreur, par exemple, que commet Levi, *International law*, p. 295 sq., quand il dit que l'Etat neutre est obligé d'appliquer les lois qu'il a faites contre le commerce des armes par ses sujets, bien qu'il ne lui reconnaisse que le devoir d'interdire législativement ce commerce (exact, Sir Alexander Cockburn, dans son vote dans la question de l'Alabama ; v. Wheaton, *Elements*, p. 594, et Wharton, *Commentaries*, p. 298, § 41 ; *Criminal Law*, 9ᵉ édit., p. 645) ; c'est de même une erreur que commet Reuss, *Völkerrecht im Dienste d. Wirthschaftslebens*, p. 36, quand il soutient que chaque Etat est *internationalement* obligé de donner à ses monnaies la forme qui correspond à celle que détermine la loi monétaire. (On voit où conduit la force créatrice de droit de la « nécessité économique » ; v. ci-dessus, p. 104, n. 1). — Inversement la non-exécution (non-application) d'une loi d'Etat n'est contraire au droit international que dans deux cas : ou bien quand la loi non observée est internationalement ordonnée, ou bien quand le fait d'agir d'une façon correspondante à la loi constitue l'accomplissement d'un devoir international *particulier*. L'exemple de Delius, *Die Ausweisung und Auslieferung d. Freiherrn von Hammerstein*, *Deutsche Juristenzeitung*, I, p. 104 sq., montre à quelle conséquence conduit ici la confusion du droit international et du droit interne : il considère comme *internationalement* inadmissible, que le gouvernement grec ait expulsé le délinquant en lui prescrivant le chemin qu'il devait prendre, de telle sorte qu'il devait tomber entre les mains des autorités allemandes qui le suivaient ! Le gouvernement grec peut avoir agi contrairement au droit interne, parce que le

Cela nous conduit à une seconde remarque. L'obligation où se trouve l'Etat de créer du droit n'est qu'un moyen de *second ordre* pour satisfaire les intérêts internationaux. Elle peut être laissée de côté partout où la communauté des Etats est en situation d'imposer à ceux dont la conduite lui importe l'attitude qu'elle désire. Plus clairement : si, en une matière quelconque, l'Etat lui-même, dans l'intérêt de l'étranger, doit être tenu d'agir ou de ne pas agir, on n'a pas besoin de l'obliger à prendre des mesures *législatives* qui lui fassent un devoir, ou, ce qui revient au même, qui fassent à ses organes un devoir d'agir ou de ne pas agir. Quand, malgré cela, l'Etat met en mouvement sa législation, cela s'explique moins par une raison de *droit international* que par un motif de *droit interne*. A l'inverse, quand une certaine conduite des sujets, au sens le plus large du mot, d'un Etat présente de l'intérêt pour l'étranger, le *seul* moyen normal, relativement sûr que possède ce dernier pour atteindre son but, consiste en ce qu'il se serve du pouvoir de cet Etat sur ses sujets : et il le fait régulièrement en en appelant à sa législation. Cependant, pour indiquer cela dès maintenant, ce ne sont là que les deux limites extrêmes. Il est possible qu'il existe une obligation spéciale de créer du droit, là où elle est, en soi et pour soi, inutile ; et à l'inverse que là où il serait naturel d'obliger l'Etat à donner un ordre législatif à ses sujets, on s'en abstienne et on s'en remette à lui du soin d'exécuter son devoir, par ailleurs précisé, de produire des circonstances factices, soit sans, soit avec l'aide de sa législation.

Nous sommes, en tout cas, conduits par là à distinguer deux branches du droit interne, que nous devons dès maintenant nettement séparer, et qui sont malheureusement presque toujours confondues : nous les appellerons le droit interne *immédiatement ordonné* (*unmittelbar gebotenes Landesrecht*) et le droit interne indirectement ordonné (*mittelbar gebotenes Landesrecht*) ou mieux le droit interne *internationalement indispensable* (*international unentbehrliches Landesrecht*) (1). Cette distinction

droit grec interdit l'extradition sans traité, mais non point contrairement au droit international. Ceci aussi est remarquable : Delius déclare qu'en général on ne doit pas « approuver, au point de vue international », que l'Etat expulse les fugitifs politiques de cette façon. L'Etat n'est nulle part dans le monde *internationalement* obligé de ne pas extrader les délinquants politiques : il n'est pas obligé de les extrader !

(1) Si je parle souvent, par brièveté, de droit « ordonné », il faut toujours entendre par là le droit internationalement ordonné.

se trouvera présenter maintes fois de l'utilité au cours de notre étude.

Une règle du droit interne est *immédiatement* ordonnée, quand sa création ou son maintien même forment le devoir international de l'Etat. C'est du droit interne immédiatement ordonné, quand une règle juridique ou un traité imposent à l'Etat le devoir d'*avoir* un droit déterminé, et qu'il remplit ce devoir. Peu importe, comme on l'a déjà remarqué, si, en considérant les choses objectivement, il était nécessaire que l'Etat créancier obligeât immédiatement son cocontractant à créer du droit pour la satisfaction de son intérêt, — il suffit qu'il l'ait fait ; l'inexécution ou l'abrogation du droit immédiatement ordonné serait une violation du droit, même si l'Etat, malgré l'inexécution ou l'abrogation, avait pris la résolution et était en situation de réaliser effectivement tout ce qui peut ou doit être réalisé d'après la loi.

On rencontre naturellement un droit immédiatement ordonné dans tous les cas où l'Etat est obligé, par une disposition expresse d'une *Vereinbarung* ou d'un contrat, d'introduire une règle dans son droit ou de l'y conserver. Un exemple entre beaucoup. La convention internationale pour la lutte contre le phylloxéra du 3 novembre 1881 (1) dispose : « Les Etats contractants... s'engagent à compléter... leur législation interne, en vue d'assurer, etc... Cette législation devra spécialement viser... » Toutes les lois d'Etat, faites pour l'exécution de cette convention, par exemple, la loi d'Empire allemande du 3 juillet 1883, forment, dans la mesure où elles sont conformes à la convention, du droit interne immédiatement ordonné. Peu importe naturellement la plus ou moins grande clarté des termes, dans lesquels la convention indique le *contenu* de la règle juridique. Les constitutions relatives aux « diètes », faites en vertu de l'Acte Confédéral Allemand, n'en formaient pas moins du droit ordonné, bien que leur contenu n'y fût indiqué, comme ensuite dans l'acte final de Vienne, que par des traits tout à fait généraux.

Mais, sans qu'il existe une disposition *expresse* à ce sujet, il résulte du sens de nombreuses *Vereinbarungen* internationales que les contractants ont voulu imposer aux Etats un véritable

(1) Art. 1er (M. N. R. G. ², VIII, p. 435 ; *R. G. Bl.*, 1882, p. 125).

devoir de légiférer. Quand la publication d'un traité est prescrite « afin que personne, dans les Etats signataires, ne puisse prétendre qu'il l'ignorait » (1), ou, pour ne pas accumuler les exemples, quand un traité stipule que les signataires ne souffriront pas qu'un privilège contraire au traité reste en vigueur (2), cela ne peut signifier qu'une chose : l'Etat doit s'engager législativement dans la voie indiquée (3). On doit notamment admettre cela partout où, *par définition*, l'obligation imposée à l'Etat ne peut être exécutée que par la confection d'une loi, alors même que la convention estime superflu de parler spécialement de cela. Comme en particulier tous les droits et devoirs subjectifs ne peuvent dériver que du droit objectif, comme en outre les traités modernes sur l'établissement, l'exercice des professions, la propriété intellectuelle, etc... ont pour but d'assurer de plus en plus aux nationaux réciproques des Etats de véritables droits publics et privés (4), la promesse d'accorder de tels droits contient régulièrement déjà l'engagement d'établir ou de maintenir le droit objectif qui leur donnera naissance (5). Enfin, l'Etat est toujours tenu de créer du droit, lorsque, d'après les principes de son droit interne, l'acte auquel l'oblige la *Vereinbarung* ou le contrat ne peut être accompli que sous *forme* de loi. Quand l'Etat, en vertu d'une prescription internationale, doit adresser des ordres aux autorités ou aux individus, il ne peut le faire, dans l'immense majorité des cas, que par une loi, et non pas par une « prescription administrative » ou par un décret (*Rechtsverfügung*). Qu'on songe aux ordres donnés aux tribunaux d'avoir à appliquer à certains faits un droit étranger, ou d'avoir à se limiter, en punissant un extradé, au délit d'extradition, et aussi aux autorisations qui doivent être accordées sous forme de loi et non point sous forme de « concession »

(1) V. entre autres, les traités de la France avec Hambourg du 1er avril 1769 (M. R., I, p. 634), art. 39, avec le Mecklenburg-Schwerin du 18 novembre 1779 (M. R., II, p. 709), art. 37.

(2) Par exemple, Paix de Paris du 10 février 1763 (M. R., I, p. 104), art. 2 ; etc...

(3) Que penser de la promesse, par laquelle un Etat s'engage à *essayer* de faire une loi d'exécution en la proposant aux corps législatifs ? V. sur ce point, III, p. 313.

(4) Jellinek, *System der subjektiven öff. Rechte*, p. 312.

(5) C'est dans cette mesure seulement que pourrait être exacte la proposition de v. Martens-Bergbohm, I, p. 417, à savoir, que l'Etat doit publier tout traité ratifié, à l'exception des articles secrets.

administrative, etc... Le plus souvent, il est très indifférent au droit international, que l'Etat donne un ordre dans une loi ou dans un décret. Toujours est-il que la confection de la loi, même quand elle n'est faite que pour des motifs de droit interne, constitue cependant l'accomplissement d'un devoir immédiat de droit international, parce que l'*ordre* doit être donné. Il est à peine besoin de dire qu'il n'est pas nécessaire que le devoir de donner des ordres étatiques de ce genre soit *expressément* stipulé dans un accord quelconque.

On rencontre au moins aussi souvent que le droit immédiatement ordonné la deuxième des catégories ci-dessus mentionnées du droit interne : le droit interne qui n'est ordonné qu'indirectement, ou mieux, qui est *internationalement indispensable*. Je l'appelle ainsi parce que ce n'est point à l'accomplissement d'un devoir international immédiat qu'il doit son existence. Il est bien créé en considération d'un devoir international, mais d'un devoir qui en lui-même conduit à quelque chose d'autre qu'à la formation de cette règle juridique. L'Etat établit ici le droit, parce que, sans cela, il ne serait pas, *d'après le droit interne*, en situation de remplir un devoir international, par exemple un devoir de punir, — soit parce que, sans la création du droit étatique, un acte *ordonné* par le droit international ne *pourrait* pas être accompli, soit parce que sans le droit étatique un acte *interdit* par le droit international *devrait* être accompli. Ce n'est donc pas le *droit international* qui conduit le législateur à agir, c'est le droit *interne*. Dans le droit immédiatement ordonné, l'acte ordonné à l'Etat par le droit international consistait à créer du droit ; ici, l'Etat se met en situation, eu égard à *son propre* droit et par le nouveau droit, d'accomplir un acte ordonné par le droit international. Tout à l'heure, le fait de ne pas légiférer ou d'abroger la loi était déjà, en soi, contraire au droit ; ici, la violation du droit résulte du fait que l'Etat n'a pas accompli l'acte que la loi l'autorise à faire, ou qu'il a accompli l'acte que la loi l'autorise à ne pas faire (1). C'est précisément pour cela que je veux

(1) Je tiens beaucoup à mettre en garde contre une confusion entre cette catégorie du droit interne et la sous-catégorie que forme, dans le droit immédiatement ordonné, l'hypothèse examinée à la p. 298. Dans ce droit, en effet, c'était également pour des raisons de droit interne que l'Etat devait instituer une règle juridique, alors que le droit international ne ré-

éviter l'expression de droit interne « indirectement ordonné », bien qu'elle puisse se recommander pour des motifs extérieurs. Elle éveille faussement l'idée qu'il s'agit d'un véritable devoir de légiférer, ne soit-il même que « secondaire », comme on l'a quelquefois dit (1) ; un devoir secondaire reste toujours un devoir. Si je parle quelquefois, par la suite, de droit « indirectement ordonné », c'est seulement pour diversifier mes expressions.

Le caractère du droit internationalement indispensable sera peut-être éclairé par une image que j'emprunte au commerce juridique des particuliers. Celui qui, par contrat, se charge de livrer des marchandises, n'a point le « devoir », s'il ne les possède pas, de se les procurer. Il est dans la « nécessité » de se les procurer, s'il veut remplir son devoir ; mais son devoir consiste en autre chose, à savoir, en la livraison des marchandises. Il n'y a pas un tribunal au monde qui accueillerait la demande d'après laquelle le débiteur de la livraison serait condamné à l'acquisition ; seulement, celui-ci ne peut pas défendre à la demande en livraison, en alléguant qu'il ne possède pas les marchandises. Il en est de même pour l'Etat, dans l'hypothèse que nous envisageons. Le droit international ne lui impose pas le devoir de faire des *lois* de police, grâce auxquelles il puisse, pour conserver sa neutralité, empêcher que des croiseurs s'équipent dans ses ports et en partent ; mais s'il n'a *pas* satisfait au devoir d'empêcher cet équipement et ce départ, il ne peut pas échapper, au regard de l'étranger, au reproche de manquer de la loi interne nécessaire. Car, s'il y a un principe incontesté du droit international, c'est bien celui-ci : aucun Etat ne peut refuser d'accomplir un devoir international ou être excusé de ne pas l'avoir ac-

clamait nullement que du droit fût créé. Mais l'Etat devait recourir à la loi, parce que l'accomplissement de l'*acte lui-même*, auquel il était tenu, ne pouvait être assuré, d'après son droit constitutionnel, que sous forme de loi. Ici, il doit créer du droit, parce qu'un *autre* acte, qu'il est obligé d'accomplir, ne peut pas l'être sans avoir été *préparé* par la loi. Tout à l'heure, il ne pouvait agir que sous *forme* de loi ; maintenant, il ne peut agir qu'en *s'appuyant* sur une loi.

(1) Par exemple, Seligmann, *Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge*, p. 59-62, qui mentionne incidemment notre catégorie. Qu'il aperçoive cependant dans la création de ce droit l'accomplissement d'un véritable devoir, et que, par suite, il ne puisse pas reconnaître toute la fonction propre qu'il remplit, c'est ce dont ne permettent pas de douter les remarques de la p. 62.

compli pour le motif que sa législation ne lui permet pas les actes nécessaires. Dans la doctrine (1), comme dans la pratique diplomatique (2), on a insisté là-dessus des douzaines de fois, mais, ce qui se voit plus rarement, cela a été dit parfois expressément dans des *Vereinbarungen* internationales (3). En particulier, — l'exemple que nous avons choisi le montre — lorsqu'il s'agit pour un Etat du devoir d'empêcher ses nationaux d'accomplir certains actes dommageables aux autres Etats, ce n'est pas une excuse admissible, quand ceux-ci soulèvent une protestation, que de dire que l'état de la législation ne permet pas de limiter de cette sorte la liberté individuelle ; l'Etat est responsable même si son droit lui interdit d'intervenir. « Quand ton feu brûle ma maison, dit originalement un écrivain anglais, peu importe que tu aies une mauvaise pompe à incendie, ou que tu te serves négligemment de la bonne que tu as. Je ne me plains que d'une chose, c'est que ton feu ait brûlé ma maison. Que ta pompe soit bonne, c'est ton affaire, et non la mienne (4). »

(1) Comp. entre autres, Creasy, *First platform*, p. 326 sq. ; Geffcken, *Die Alabamafrage*, Stuttgart, 1872, p. 24, etc..., et dans H. H., IV, p. 681 ; v. Holtzendorff, H. H., II, p. 73, etc... ; Pradier-Fodéré, I, p. 336, etc... ; Phillimore, *Commentaries*, III, p. 243 ; Hall, *Treatise*, p. 230 ; Fiore, *Diritto internazionale*, I, p. 428 ; Rivier, *Principes*, II, p. 383 ; Ullmann, p. 178.

(2) V. par exemple la lettre du ministre *français* des affaires étrangères à l'ambassadeur à Athènes, du 10 décembre 1868 (*Staatsarchiv*, XVI, p. 156 sq.) ; note de l'ambassadeur *allemand* à Bruxelles au gouvernement belge, du 3 février 1875 (affaire Duchesne ; *Staatsarchiv*, XXVIII, p. 322). — Comp. aussi le discours de Lord Derby à la Chambre Haute, le 12 juillet 1875 (Hansard, *Parliamentary Debates*, CCXXV, p. 1323 sq.) ; en outre, l'intéressante discussion à la Chambre Basse anglaise, le 20 mai 1870 (*Id.*, CCI, p. 1123 sq.), suscitée par le meurtre, survenu dans des circonstances particulières, de sujets anglais et italiens à Marathon, notamment le beau discours de Sir Henri Lytton Bulwer (p. 1144 sq.) et les explications de Sir Roundell Palmer (p. 1123 sq.) et de Gladstone (p. 1152 sq.), ainsi que la discussion à la Chambre Haute, du 23 mai 1870 (*Id.*, p. 1162 sq.). — De plus, les remarques de Sir Cockburn et de Staempflis dans leur vote sur la question de l'Alabama (dans Creasy, *op. cit.*, p. 328).

(3) Comp. l'art. 58 de l'acte final de Vienne du 15 mai 1820 (M. N. R., V, p. 466) : « Les princes souverains unis dans la Confédération ne peuvent être gênés ou limités par aucune Constitution d'Etat dans l'accomplissement de leurs devoirs confédéraux. » Cela devait signifier, comme il résulte du texte, non point qu'il était interdit aux Etats-membres d'introduire ou de conserver dans leurs Constitutions des clauses restrictives, mais qu'ils ne pouvaient se dispenser d'aucun devoir confédéral en invoquant une clause de ce genre.

(4) J. F. Stephen, *History of the criminal law of England*, Londres, 1883, III, p. 261. — Il vise la fameuse question de savoir si le *foreign enlistment*

L'acte qu'ordonne le droit international et dont l'Etat rend possible l'accomplissement au moyen de sa législation ne peut être qu'un acte d'*exécution* (*Vollziehung*) et non point un acte de législation. L'Etat souverain, en effet, n'a pas besoin de se donner par une loi l'autorisation de légiférer, et l'Etat non souverain ne pourrait pas se la donner par sa loi personnelle (1). Les cas suivants ne constituent que d'apparentes exceptions.

Il peut être possible que l'Etat soit obligé par le droit international de faire créer du droit par un *organe exactement déterminé.* Je ne saurais pour le moment donner un exemple ; j'admets qu'il peut s'en présenter. Si cet organe, dont l'action présente un si grand intérêt pour l'étranger, n'a point compétence, d'après le droit étatique en vigueur, pour faire des lois ou des règlements, il faut que son Etat l'investisse, par la voie législative, de la compétence nécessaire pour édicter un règlement. Mais, comme Hänel l'a démontré — excellemment à mon avis (2), — nous sommes autorisés à considérer ces dispositions régulatives de l'Etat, qui ne peuvent être édictées que dans le cadre et sous la dépendance de prescriptions vraiment législatives, et à cause précisément de ce rapport avec des normes supérieures, comme des « actes obligatoires d'*exécution* ». Ainsi, cette loi indispensable d'autorisation aurait, au point de vue formel, la même signification que les lois (dont nous parlerons plus tard), qui autorisent les organes de l'Etat à accomplir de *purs* « actes d'exécution » dans la sphère de l'exécutif (3).

*act* de 1819 a suffi dans la guerre de Sécession nord-américaine. C'est là une question, estime-t-il justement, qui est tout à fait accessoire dans le conflit entre l'Angleterre et les Etats-Unis.

(1) Quand l'Etat fédéral donne à ses Etats-membres l'autorisation législative d'accomplir leurs devoirs internationaux *particuliers*, il crée par là un droit qui ne lui est point indispensable, mais qui l'est aux Etats particuliers : ce n'est certainement pas, donc, un droit ordonné par le droit international. Le motif par lequel il est guidé apparaîtra plus tard. V. ci-dessous, § 13, IV.

(2) *Studiem zum deutschen Staatsrechte*, II, p. 196 sq.

(3) Il s'agit d'une chose différente encore, quand l'Etat, immédiatement obligé de créer du droit, au lieu d'édicter de suite sous forme de loi les règles qu'il doit édicter, donne à un de ses organes compétence pour régler la matière par la voie réglementaire. Ici, la loi de compétence n'est pas internationalement indispensable (elle n'est naturellement pas davantage internationalement ordonnée : ce n'est que le règlement ultérieur !) ; elle pourrait créer elle-même, immédiatement, la règle juridique exigée ; il n'est donc pas nécessaire, en droit interne, qu'elle intervienne pour don-

Il y a un second cas, qui est moins simple. Dans certains Etats la Constitution limite le pouvoir législatif au point de vue matériel. Le législateur ne doit pas agir en certaines matières ou dans certaines directions. L'exemple typique nous est fourni par l'*Etat fédéral*, dont la compétence législative a été constitutionnellement limitée dans une mesure plus ou moins grande en faveur des Etats-membres, ou — nous pensons aux rapports juridiques de l'Empire Allemand — qui ne peut exercer son pouvoir législatif en certains cas que d'accord avec tel ou tel Etat particulier. Mais il y a aussi des Etats unitaires qui rentrent dans notre hypothèse, car leur Constitution a enlevé certaines matières — et ce sont parfois précisément des matières qui ont une importance internationale — à la sphère de la législation. Si néanmoins l'Etat s'oblige internationalement à faire une loi dont le contenu rentre dans la sphère qui lui est constitutionnellement interdite, il ne lui sera évidemment pas possible, sans une modification de sa Constitution, de tenir sa promesse, — en admettant qu'elle soit valable. Ainsi la législation suisse, dans la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 (1), avait assumé le devoir d'édicter des prescriptions législatives pour la protection des droits des inventeurs étrangers, etc... La compétence législative de la Confédération ne s'étendait pas encore à cette ma-

ner à un organe la compétence de faire ce que demande le droit international. Ce sont seulement des considérations d'ordre pratique, qui dictent au législateur sa conduite. Il veut, par exemple, attendre que la condition sous laquelle il s'est obligé à créer du droit soit réalisée — ainsi, lors de la confection de la loi d'Empire du 30 mars 1874, concernant la limitation de la juridiction des consuls en Egypte ; le règlement égyptien attendu parut le 16 septembre 1875, le règlement impérial le 23 décembre 1875 — ou bien il prévoit dès le début la possibilité de modifications relativement insignifiantes dans son devoir de légiférer, et il lui est plus commode d'en tenir compte dans un règlement futur qu'en modifiant sans cesse la loi, — ainsi encore lors de la loi d'Empire qu'on vient de nommer, mais aussi lors de la confection de la loi concernant la juridiction consulaire à Samoa, du 6 juillet 1890. — Comp. les motifs de ces deux lois, *Drucks. d. Reichstags, 2. Leg.-Per. I. Sess. 1874*, I, n° 57, p. 6 sq., et *8. Leg.-Per. I. Sess. 1890-91*, II, n° 127, p. 4. — Si on devait considérer l'organisation de tribunaux des prises comme un devoir international (mais v. ci-dessus, p. 288), on pourrait renvoyer aux motifs de la loi d'Empire concernant la juridiction des prises du 3 mai 1884 (*Id.*, *5. Leg.-Per. IV. Sess.*, 1884, n° 38, p. 4 ; on y prend en considération les différents cas de guerre, les alliés éventuels, etc...).

(1) M. N. R. G.², X, p. 133.

tière ; il fut nécessaire de l'y étendre par un amendement à l'art. 64 de la Constitution fédérale (1). Mais ne doit-on pas considérer cet amendement constitutionnel comme un droit interne « internationalement indispensable » ? Je ne le pense pas. Car dans ce cas, comme dans tout cas semblable, rien n'empêcherait que la loi immédiatement ordonnée par le droit international soit faite sans une modification expresse et préalable de la Constitution, pourvu que ce soit dans les formes prescrites pour cette modification. Alors, ce n'est pas la modification constitutionnelle qui *rendrait possible* la législation ordonnée par le droit international ; mais cette législation *constituerait* en même temps une modification de la Constitution. La Constitution ne demande pas à être modifiée avant que soit faite une loi qui ne rentre pas dans la compétence de l'Etat ; elle veut qu'une loi de cette sorte ne soit faite que moyennant l'accomplissement des formalités plus compliquées d'une modification constitutionnelle. On peut bien dire que cette loi contient deux règles juridiques : d'abord, la règle juridique qui y est expressément formulée, puis la règle juridique, modificative de la Constitution, qui y est implicitement comprise. C'est exact ; mais cette deuxième règle n'est plus une condition de validité de la première ; elle est « tacitement » établie par la confection de la première. C'est seulement dans les cas où la Constitution prescrirait expressément que, dans l'hypothèse que nous envisageons, une modification formelle de la Constitution doit précéder la loi, qu'on pourrait considérer cette modification comme internationalement indispensable en notre sens (2-3).

(1) Décision confédérale du 28 avril 1887, sanction du peuple du 16 juillet 1887.

(2) Cependant on pourrait encore là alléguer que la loi faite en vertu de l'autorisation constitutionnelle ressemble beaucoup à un acte du pouvoir exécutif. V. sur des considérations analogues Hänel, *op. cit.*, p. 201.

(3) Que se passe-t-il quand un Etat fédéral nouvellement fondé s'attribue dans sa Constitution la compétence de faire le droit internationalement ordonné ? Comp. la Constitution des Etats-Unis, art. 1, sect. 8 : *The Congress shall have power...to define and punish piracies and felonies committed on the high seas and offences against the law of nations,...to make rules concerning captures on land and water*, etc. » On devra dire que dans la mesure où les lois ainsi prévues sont internationalement ordonnées, la clause de compétence n'est pas internationalement indispensable. Car la Constitution *pouvait* formuler elle même et immédiatement ces règles juridiques ; ce n'est que pour des motifs d'ordre pratique qu'elle ne l'a pas fait. Comp.

Nous pouvons en rester là : le droit internationalement indispensable est destiné à permettre au *pouvoir exécutif*, y compris le pouvoir *judiciaire*, d'agir conformément au droit international.

Ceci permet d'abord de déterminer quel doit être le *contenu* nécessaire de chacune de ces règles juridiques, au point de vue formel. Il consistera toujours et *seulement* en une *autorisation*. Je me contente provisoirement de cette affirmation, et j'en remets la preuve à un peu plus tard (1).

En outre, nous apercevons immédiatement en quel endroit nous pouvons rencontrer cette catégorie de règles juridiques. Si elles forment la condition juridique indispensable d'actes de l'exécutif, elles trouvent place là où les organes d'exécution, y compris les tribunaux, n'ont qualité pour agir que dans les limites tracées par le droit objectif, et où, notamment, il existe des bornes légales aux pouvoirs du chef de l'Etat en tant que chef de l'exécutif, — dans un *Etat de droit constitutionnel* (*konstitutionneller Rechtsstaat*), que ce soit une monarchie ou une république. Ces limites peuvent avoir été posées, précisément pour des motifs de droit international ; nous reparlerons de cela bientôt. Mais, là où elles existent, elles ne peuvent pas être franchies sans une modification de la loi, même quand elles empêchent l'accomplissement d'un devoir international. Aucune administration judiciaire n'aurait le droit de remettre sur sa demande à l'Etat lésé le délinquant arrêté en territoire étranger contrairement au droit international, si, d'après le code de procédure, le juge est seul compétent pour décider sur la mise en liberté, et s'il se refuse à libérer le malfaiteur (2). Aucun chef d'Etat ne pourrait

ci-dessus, p. 302, n. 3. Il en est de même naturellement des dispositions qui donnent compétence à l'Etat fédéral pour édicter éventuellement des règles juridiques « indirectement ordonnées »; tel est le cas des clauses de la Constitution d'Empire allemande, d'après lesquelles l'Empire est compétent en matière de police des étrangers et de passeport (Constitution d'Empire, art. 4, n° 1), de douane et de commerce (art. 4, n° 2, 8, 9, 10), de navigation maritime, en matière consulaire (art. 4, n° 7),en matière militaire (art. 4, n° 14), etc..., et, d'une façon générale, possède le droit de formuler des normes de droit privé, pénal, administratif et de procédure (Constitution d'Empire, art. 4, n°s 1, 3, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 15). Comp. Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 541 sq. ; ci-dessous, § 13, IV).

(1) V. ci-dessous, § 16, II.

(2) Comp. l'exposé détaillé de Mattersdorf, *Rechtl. Beurtheilung der Erledigung eines Falles von Verletzung fremder Gebietshoheit*, *Böhm's Zeitschrift*, II, p. 562 sq.

en un pareil cas, pour éviter des conflits menaçants, arrêter l'affaire, si, comme en Prusse, la Constitution ne lui reconnaît pas le droit de grâce (1). L'Empereur allemand n'aurait jamais pu libérer le commissaire de police français Schnaebelé, dont l'arrestation sur la frontière franco-allemande en 1887 fit craindre de si sérieuses complications avec la France, et le soustraire à l'internement provisoire prononcé par un ordre judiciaire, sans le demander au tribunal ou contre la volonté de celui-ci, même si le droit international et la politique avaient exigé un si prompt acquiescement à la demande de l'Etat étranger (2). Aucune autorité ne peut, en punissant le coupable, accorder à un Etat étranger la satisfaction qu'il demande, même si cette demande est justifiée en droit international par une atteinte à des biens juridiques étrangers, si la loi ne prévoit aucune peine pour l'acte (3). Aucun Etat ne pourrait transgresser les lois du droit budgétaire, parce qu'il est obligé par le droit international d'effectuer des paiements (4).

(1) Mattersdorf, *op. cit.*, p. 568 sq. — Il faudrait une loi de grâce (indirectement ordonnée) d'après l'art. 49, § 3, de la Constitution prussienne. Mattersdorf, du reste, remarque avec raison que dans ce cas, le règlement nécessaire (*Nothverordnung*) de l'art. 63 est admissible. De même, un Etat qui, ignorant le droit de grâce, promettrait dans un traité de paix l'amnistie pour les délits politiques, ne pourrait pas arrêter les instructions déjà commencées, sans une loi l'y autorisant. Comp. E. Meier, *Abschluss von Staatsverträgen*, p. 243. — Comme le roi de Saxe possède le droit de grâce, l'art. 19 du traité de paix avec la Prusse, du 21 octobre 1866 (M. N. R. G., XVIII, p. 366) a pu être exécuté exclusivement par un règlement ministériel (du 27 octobre 1866).

(2) Je renvoie sur cette affaire à l'appendice, p. 308.

(3) L'opposition entre les conceptions absolutiste et constitutionnelle sur ce point apparaît joliment dans la fameuse histoire du conflit entre la Russie et l'Angleterre en 1708-1709. L'ambassadeur russe près la cour d'Angleterre avait été arrêté pour dettes en pleine rue et maltraité. Le czar demanda, pour tous ceux qui avaient pris part à l'arrestation, la *peine de mort*. La reine refusa naturellement : elle ne pouvait frapper aucun de ses sujets de cette peine, ni, en général, d'aucune peine sans y être autorisée par une loi. Comp. Boyer, *The history of the reign of Queen Anne*, Londres, VII (1709), p. 240 sq. ; VIII (1710), p. 153 sq., et sur tout l'incident et la manière dont il a été traité, *id.*, VII, p. 233 sq., 335 sq. ; VIII, p. 141 sq. ; v. aussi de Martens, *Causes célèbres du droit des gens*, 2ᵉ édit., I, Leipzig, 1858, p. 73 sq. — Cette réclamation eut pour résultat le vote rapide de la loi 7, Anne c. 12, sect. 3, 4, 6, par laquelle le gouvernement anglais se mettait à même de punir, conformément à son devoir, les attaques semblables entre les ambassadeurs étrangers, — mais non point cependant par la potence.

(4) C'est une autre question, de savoir si dans ce cas le Parlement a le

Comme le droit interne internationalement ordonné, le droit interne *contraire au droit international* — pour en parler maintenant — se présente sous deux formes. Il faut distinguer suivant que la loi est contraire à une interdiction de légiférer faite par le droit international — nous nous trouvons alors en présence d'un droit *immédiatement contraire au droit international* (*unmittelbar völkerrechtswidriges Recht*), — ou bien suivant que ce qui est réellement contraire au droit international, ce n'est point la législation, mais un acte du pouvoir exécutif, par exemple, un ordre d'arrestation, qui doit être lancé par suite de l'existence de la règle juridique, c'est-à-dire encore pour des motifs de droit interne — nous pouvons peut-être parler ici de droit interne *indirectement contraire au droit international* (*mittelbar völkerrechtswidriges Recht*). Dans le premier cas, les Etats étrangers qui protestent demandent l'abrogation de la loi, dans le second, sa non-application, ce qui n'empêche pas que la protestation diplomatique se produise immédiatement après la confection de la loi ou même avant sa publication, parce qu'elle menace d'être exécutée, et, par là, de violer le droit (1). Tout ce qui a été dit ci-dessus sur la différence entre le droit immédiatement ordonné et le droit « indirectement » ordonné s'applique aussi, si l'on renverse les termes, aux deux catégories correspondantes du droit contraire au droit international. Il n'est pas nécessaire que nous entrions dans le détail. On peut remarquer seulement, qu'il n'y a pas que la règle juridique dont l'introduction ou le maintien viole une interdiction expresse du droit international qui constitue une règle *immédiatement* contraire au droit international — comme, par exemple, une loi qui maintiendrait le droit d'aubaine, alors que l'abrogation de ce droit aurait été promise par traité —, il en est de même de la règle juridique, dont la simple existence peut être cause d'une chose que le droit international veut voir éviter. Si donc un traité exige de l'Etat l'abrogation de droits et de devoirs *subjectifs*, il est certain que la loi qui les a fondés, puisque droits et devoirs sont immédiatement créés par le droit objectif, est immédiatement contraire au droit

droit de refuser la dépense. — V. v. Holtzendorff, H. H., II, p. 95, et ci-dessous, § 13, V.

(1) Qu'on songe à la protestation des Etats européens, par exemple de l'Empire Allemand et de la Belgique, contre la réforme douanière projetée au Canada (1897).

international (1). D'un autre côté, on ne peut considérer une règle juridique comme « indirectement » contraire au droit international que si l'exécutif, tout le temps que cette règle existe, se trouve, par suite des dispositions constitutionnelles ou administratives, *hors d'état* d'éviter de se conduire contrairement au droit international, c'est-à-dire si, par suite de la règle juridique, il *doit* faire quelque chose qui est interdit par le droit international ou s'abstenir d'une chose qui est ordonnée par le droit international (2). Il résulte de là, par opposition au contenu du droit internationalement indispensable, que le *contenu* internationalement relevant d'une règle du droit interne indirectement contraire au droit international ne consistera point, comme là-bas, en une autorisation, mais toujours en un *ordre* ou en une *interdiction* adressés aux organes du pouvoir exécutif. Je dois renvoyer la preuve de ceci à plus tard (3).

---

## Appendice

### (A la page 306, note 2.)

J'ai pris comme exemple l'affaire Schnaebelé surtout parce qu'elle me donne l'occasion de défendre le gouvernement de l'Empire contre le reproche, que lui a fait un auteur important, d'avoir agi illégalement.

Il est dit, dans la note du comte Bismarck à l'ambassadeur français Herbette, du 28 avril 1887 (*Staatsarchiv*, XLVIII, p. 328 sq.), que le secrétaire d'Etat des Affaires étrangères a « sollicité de l'empereur l'ordre de

(1) Comp. ci-dessus, p. 297 sq. — Une loi dont le contenu est en soi indifférent au droit international peut, dans certaines circonstances, apparaître comme contraire au droit international, s'il se manifeste dans la législation une volonté contraire au droit international, et visant un but un peu en dehors de la loi. Exemple : en février 1897, Delyannis soumit à la Chambre des députés grecque un projet de loi, qui prononçait la suppression des consulats grecs en Crète. En soi, le contenu de cette loi était inoffensif au point de vue international ; il était, si on veut, internationalement « permis ». Mais ici, la loi devait ouvertement constituer une déclaration adressée aux puissances, d'après laquelle, par suite de l'occupation — absolument contraire au droit international — d'une partie de l'île par les troupes grecques, la Crète n'était plus une terre étrangère, mais une terre grecque. Le projet ne dépassa pas la première lecture ; s'il était devenu loi, on aurait pu qualifier cette loi de contraire au droit international.

(2) C'est pour cela qu'une règle juridique qui abroge une règle indirectement contraire au droit international est internationalement indispensable. — V. ci-dessus, p. 298 sq.

(3) V. ci-dessous, § 16, II.

mettre Schnaebelé en liberté » ; que l'Empereur a « consenti à décider, en considération des motifs internationaux qui plaident en faveur d'une absolue sûreté des relations internationales,que Schnaebelé soit mis en liberté, bien qu'il ait été arrêté en territoire allemand et bien que sa culpabilité soit prouvée ». Cette réponse, qui n'est certes pas à l'abri de tout reproche, a soulevé les critiques de v. Holtzendorff ; la manière d'agir impériale, dont il reconnaît l'opportunité politique et le fondement international (nous parlerons de cela ailleurs), constituerait « l'abrogation d'un ordre d'arrestation par une intervention administrative directe », « pourrait difficilement être justifiée dans le cadre de la législation actuelle » et serait juridiquement contestable (*Deutsche Revue*, 13. *Jahrg*. 2. *Bd*. p. 63 sq. ; v. aussi *Revue*, XX, p. 220).Ce reproche s'explique par une connaissance insuffisante des faits de la cause, qui ont été aussi racontés par d'autres de façon inexacte. En ce qui concerne ce reproche, je suis maintenant en situation, en m'appuyant sur les actes du ministère public, qui m'ont été aimablement communiqués dans la mesure où ils concernent cette question, d'expliquer *exactement* les choses. On permettra cette courte digression, à cause de l'importance de principe que présente la question.

Une procédure pour haute trahison (*Landesverrath*) était engagée contre Klein et consorts. Le président du *Reichsgericht* avait commis un membre du *Landgericht* de Strasbourg comme juge d'instruction. Au cours de l'interrogatoire de Klein, apparaît la complicité du commissaire français Schnaebelé. En conséquence, le 8 mars 1887, le *juge d'instruction* ordonne que Schnaebelé soit filé, et, au cas de flagrant délit, arrêté. Il a le droit de donner cet ordre, en vertu du § 189, alinéa 1, du code de procédure pénale. Il demande en outre, conformément à la prescription du deuxième alinéa du même §, le consentement du procureur impérial (*Oberreichsanwalt*). Celui-ci n'a aucune observation à faire contre une arrestation éventuelle de Schnaebelé (réponse du 10 mars 1887) ; le ministère de la justice impériale (*Reichsjustizamt*), supérieur hiérarchique, n'en a pas davantage (décision du 12 mars 1887). Le 20 avril 1887, Schnaebelé qui avait été convoqué à un rendez-vous à la frontière par le commissaire de police Gautsch, est arrêté en territoire allemand par le commissaire de police v. Tausch et envoyé en détention préventive à Metz. Le lendemain, 21 avril 1887, à Metz, le juge d'instruction (il s'agit toujours, qu'on le remarque bien,du juge d'instruction dans le procès contre Klein et consorts), lance contre Schnaebelé un *mandat d'arrestation* (*Haftbefehl*) régulier ; sur la proposition du procureur impérial, il prolonge, le 28 avril, ce mandat d'une semaine. (Ici des contestations formelles seraient justifiées : aux termes du § 189 du code de procédure pénale, le juge d'instruction a eu, *dans tous les cas*, le droit de lancer un ordre d'arrestation, comp. John, *Strafprozessordnung f. d. Deutsche Reich*, II, Erlangen, 1888, p. 496. Mais les autres décisions concernant la détention appartenaient certainement, d'après le § 175 du code de procédure pénale, au juge compétent, puisque l'instruction *n'était pas encore étendue* à Schnaebelé — après mûre réflexion d'ailleurs — et que par suite il n'y avait pas encore de plainte officielle contre lui. Mais ce fait est sans importance pour notre question.)

Le 29 avril 1887, le secrétaire d'Etat de la justice d'Empire télégraphie au procureur impérial : « Je vous prie de *provoquer* la *mise en liberté* immédiate de Schnaebelé, parce que l'accord officiel qui a précédé l'arrestation doit être considéré comme un engagement de sauf conduit », etc.. Le même jour, le procureur impérial télégraphie au juge d'instruction :

« *Je vous prie* (*ersuche*) de mettre immédiatement en *liberté* Schnaebelé. » Il motive sa demande comme le secrétaire d'Etat avait motivé la sienne. Le même jour encore, le *juge d'instruction ordonne* la mise en liberté proposée. *L'extension de l'instruction à Schnaebelé ne fut proposée par le procureur impérial que le* 2 *mai* 1887, *c'est-à-dire plusieurs jours après la mise en liberté, et ne fut décidée par le juge d'instruction que le* 5 *mai* 1887.

Il résulte clairement de tout ceci qu'il n'y a pas eu un empiètement inadmissible de l'Empereur sur l'administration de la justice. Si l'Empereur, comme il est dit dans la note ci-dessus du comte Bismarck, a donné « l'ordre de mise en liberté », cet ordre ne s'adressait point, comme le démontre l'exposé qu'on vient de faire, à un tribunal, mais aux organes de la poursuite pénale. L'Empereur avait naturellement le droit de donner son ordre ; le procureur impérial était obligé d'obéir à l'instruction que lui avait transmise le secrétaire d'Etat. Le ministère public satisfaisait à ses obligations dans la forme absolument légale d'une requête (*Ersuchen*) au juge (Du reste, il ne demandait point l'abrogation de l'ordre d'arrestation, en tant que tel, avant la mise en liberté. Ce sont là, on le sait, deux choses différentes). Il n'y a point de doute enfin, que le juge devait ordonner la libération conformément à la demande qu'on lui faisait, puisque l'ordre d'arrestation avait précédé le dépôt de la plainte publique (code de procédure pénale, § 126).

v. Holtzendorff a probablement été trompé par certaines inexactitudes qui se trouvent dans la note que nous avons plusieurs fois mentionnée. Il y est dit que le *Reichsgericht* a ordonné d'arrêter Schnaebelé, et l'arrestation y est indiquée comme étant l'*exécution d'un ordre d'arrestation judiciaire* (*op. cit.*, p. 329) ; l'une et l'autre de ces allégations sont inexactes, ainsi qu'il ressort de mon exposé. Du reste, l'explication officielle de l'affaire par le ministre de la justice dans la *Nordd. Allg. Zeitung* du 28 avril 1887 (*Staatsarchiv*, XLVIII, p. 330 sq.) n'indique pas très exactement que « l'ordre d'arrestation » formel du juge d'instruction a *suivi* l'arrestation, et que la procédure d'instruction contre Schnaebelé n'était pas encore, à ce moment, ouverte. Du moins, la pensée aurait dû venir au critique que l'ordre impérial ne pouvait s'adresser que difficilement au tribunal, qu'il s'adressait au ministère public, et que l'expression « ordre de mise en liberté », qui n'est peut-être pas employée sans intention dans la note, ne signifie pas autre chose que l'ordre de « provoquer » la mise en liberté, c'est-à-dire, de la demander. Du reste rien ne se serait opposé, même après l'ouverture de l'instruction (code de procédure pénale, § 124), à ce que cet ordre soit donné, mais le juge n'aurait pas été absolument obligé de lui donner suite.

L'explication que donne de l'affaire que nous étudions Leoni, *Archiv f. öff. Recht*, IV, p. 187, me surprend sous plus d'un rapport. Il s'agissait de savoir, dit-il, « si la validité de l'exécution de l'ordre d'arrestation ne pouvait pas être contestée sur le terrain du droit international. Pour répondre à cette question, dans l'Empire Allemand, *en vertu de l'art.* 11 *de la Constitution d'Empire* (où il est dit, en effet : l'Empereur représente l'Empire à l'extérieur), l'Empereur était compétent, et l'Empereur décida que l'invitation de Gautsch comprenait la concession du libre parcours. *En s'appuyant sur cette décision*, le *juge d'instruction devait* ordonner l'élargissement de Schnäbelé ».

III

Nous devons-nous occuper encore avec plus de précision du droit interne internationalement indispensable. Il faut l'étudier de plus près dans ses fonctions et le distinguer plus nettement des formes dont il se rapproche.

La création de ce droit est indispensable, au sens le plus étroit de ce mot, quand elle doit permettre de satisfaire à une *réclamation* internationale, déjà formée et immédiatement exécutoire contre l'Etat qui crée ce droit. Le gouvernement, par exemple, s'est valablement obligé à accorder une amnistie ; dans ce but, il doit obtenir d'une loi l'autorisation qu'exige la Constitution. Mais cette règle fondamentale du droit international, en vertu de laquelle aucun Etat ne peut se refuser à exécuter un devoir en prétextant une lacune de sa législation, oblige le plus souvent le législateur à agir avant même que la réclamation concrète se soit produite. Ce serait trop tard combler la lacune, que de s'y mettre après la réclamation produite, parce que souvent la prestation ne peut pas être ajournée ; mais aussi, en beaucoup de cas, ce serait impossible, à moins que l'Etat ne veuille recourir à ce moyen, qu'il a certes toujours virtuellement à sa disposition, mais qui est contestable au plus haut degré et qui est le plus souvent condamnable : faire une loi rétroactive ; — qu'on songe au cas où la prestation consiste à punir les infractions d'un sujet (1). D'où il résulte que d'habitude le droit interne « indirectement ordonné » existe déjà depuis longtemps, avant de se manifester comme internationalement indispensable, et que souvent on n'aperçoit point son importance internationale, en particulier, lorsqu'il s'agit d'autorisations très étendues données à l'exécutif, par exemple, en matière de police. Peut-être le législateur ne s'est-il pas rendu compte, dès le début, qu'en adoptant la loi il prenait soin de satisfaire à de futures exigences internationales. On aperçoit très clairement ici, combien est injustifiée l'opinion d'après laquelle l'Etat satisfait, *par* l'institution de ce droit, à un devoir international. Dans la création du droit internationalement indispensable se manifeste moins l'Etat fidèle à ses devoirs internationaux, que l'Etat *prévoyant* au point de vue international, le « *diligens pater familias* » dans la

(1) V. ci-dessous, § 16, II.

sphère de la société internationale. C'est seulement à ce point de vue que doivent être considérés les différents cas, dans lesquels la création du droit en question doit être qualifiée « d'ordonnée ».

Nous avons vu plus haut qu'aucun Etat ne peut être lié par une règle internationale, à la formation de laquelle il n'a pas pris part, ou à laquelle il ne s'est pas, par la suite, soumis. Aussi aucun Etat n'éprouvera le besoin d'assurer par avance l'accomplissement des devoirs qui pourraient naître pour lui d'une règle internationale créée dans l'*avenir*. De même aussi la pensée doit peu l'inquiéter, de savoir comment il rendra possibles les actes auxquels pourraient l'obliger les *traités* quelconques qu'il conclura dans l'avenir. Mais tout cela change au moment même où la conclusion d'une *Vereinbarung* créatrice de droit ou d'un traité *devient imminente*. Car puisque l'Etat n'est obligé de faire ni l'une ni l'autre, il ne pourrait pas plus tard s'excuser vis-à-vis de son co-contractant de l'inexécution de son obligation ou du retard apporté à l'exécution, en alléguant que son droit interne ne prévoit pas les conditions dans lesquelles sera exécutée cette obligation ; il lui aurait été loisible de les prévoir d'avance. Il se peut que la rigueur de cette règle disparaisse dans certains cas eu égard à des circonstances de fait particulières, ou que peut-être elle ne soit pas suivie, en pratique, jusque dans ses dernières conséquences. Il peut arriver, et on sait qu'il est très fréquemment arrivé, que les Etats, quand ils concluent une *Vereinbarung* ou un traité, envisagent les lacunes qu'ils savent momentanément exister dans leur droit indirectement ordonné : ils font dépendre l'efficacité de l'accord, de l'accomplissement de cette condition du droit interne ; ils font de cet accomplissement une condition de droit international (1). Mais dès lors que des arrangements identiques ou similaires n'ont pas été conclus, au moins tacitement, l'Etat peut éventuellement se trouver, dans notre hypothèse, en face de réclamations susceptibles d'être appuyées par la force. Aussi est-il absolument régulier ou bien que le droit interne, indispensable pour l'exécution du traité, soit édicté un peu avant la conclusion défini-

(1) Par exemple, traité d'extradition entre la France et la Grande-Bretagne du 28 mai 1852, ratifié le 2 juin 1852 ; De Clercq, *Recueil des traités de la France*, VI, p. 601. La loi anglaise, prévue dans l'art. 15, ne fut pas votée.

tive du traité, entre la signature et la ratification, ou bien que la procédure parlementaire soit, pendant ce laps de temps, assez avancée pour que, au moment où l'accord est parachevé, il ne reste tout au plus qu'à terminer et publier la loi. Quand, par exemple, dans l'Empire Allemand, après la « conclusion » d'un traité mais avant sa ratification, le *Bundesrath* et le *Reichstag* accordent au traité leur « approbation » nécessaire, cela ne constitue pas seulement la réalisation des conditions, sans l'accomplissement desquelles l'Empereur, d'après l'article 11 de la Constitution d'Empire, ne doit pas ratifier le traité ; cela signifie aussi que le *Reichstag* approuve et que le *Bundesrath* sanctionne l'institution du droit d'empire nécessaire, dans la mesure où ce droit — nous parlerons de cela plus tard — peut être déduit du texte du traité. Les deux déclarations de volonté ne sont cependant que conditionnelles ; elles ne sont émises que pour le cas où la ratification engendrera un devoir immédiat de créer du droit, ou bien donnera lieu à la création d'un droit d'Empire indispensable (1). Dans les deux cas anssi la loi est encore inachevée au moment de la ratification : il faut encore qu'elle soit publiée (2). Mais cela ne fait rien : si le traité *lui-même* fait apparaître un devoir de créer du droit, le devoir, qui n'apparaît qu'avec la ratification, peut être rempli dans un délai convenable ; si le traité rend nécessaire un droit « *indispensable* », celui-ci *doit* bien exister immédiatement après la ratification, mais il est dans la nature des choses qu'on puisse le créer dès le premier moment qui suit la ratification.

A cette occasion, je dois faire remarquer un phénomène qui, si je ne m'abuse, n'a encore nulle part été suffisamment expliqué. Dans de nombreux traités, on rencontre une proposition à peu près libellée en ces termes : « les parties contractantes s'engagent à prendre *ou à proposer à leurs corps lé-*

(1) C'est ainsi que le processus est compris, à bon droit, par exemple par Laband, *Staatsrecht*, I, p. 629 sq. La théorie de Heilborn, *Archiv f. öff. Recht*, XII, p. 142 sq., d'après laquelle l'Empereur doit ici exceptionnellement posséder le droit de sanction, me paraît ne reposer sur aucune base.

(2) Je laisse de côté le cas où l'on prévoit, dans une loi particulière d'application, qu'elle entrera en vigueur au moment où entrera en vigueur le traité ; alors la publication peut naturellement ou peut-être doit précéder la ratification du traité. Comp. par exemple la loi d'Empire concernant l'application du traité du 4 mars 1894 pour la répression du commerce de l'alcool chez les pêcheurs de la mer du Nord. La loi a été publiée le 7 mars 1894, le traité a été ratifié le 11 avril 1894 (*R. G. Bl.*, 1894, p. 436).

*gislatifs* les mesures qui sont nécessaires pour assurer l'exécution de ce traité » (1). Parfois, au lieu de l'alternative, on mentionne simplement le devoir de proposer aux Parlements les mesures qu'on a en vue (2). Que signifient les mots que nous venons de souligner ? L'expérience paraît bien signifier que la seule obligation qui s'impose aux gouvernements contractants, dont la liberté est limitée par des Constitutions représentatives, est de *demander* à la représentation populaire la législation interne qui est indispensable pour l'exécution du traité. La conséquence en serait qu'on ne pourrait pas leur faire un reproche de l'inexécution des devoirs du traité, si le Parlement l'a repoussé ; il en résulterait en outre que, dans ces traités, l'Etat échapperait exceptionnellement à la nécessité de se créer, *avant* la ratification, le droit interne internationalement indispensable. Cette interprétation me paraît inacceptable. Elle laisse inachevé le traité. La conclusion définitive du traité n'aurait absolument aucun sens. Car le rejet de la demande du gouvernement est tellement dans la domaine du possible, qu'on a le droit de se poser cette question : pourquoi n'attend-on donc pas, pour ratifier le traité, qu'il soit certain que la proposition du gouvernement soit acceptée ? C'est pour cette raison que j'estime aussi impossible une autre signification que l'on a donnée à la clause : on considérerait le vote de la loi interne nécessaire comme une *condition d'efficacité* du traité ou de certains de ses articles. Cela n'aurait un but que dans le cas où la ratification du traité suit de près sa conclusion (3). Mais si, comme il arrive très régu-

(1) Comp. par exemple la convention internationale pour la protection des câbles télégraphiques (v. ci-dessus, p. 279, n. 1), art. 12 ; la convention internationale pour la répression du commerce de l'alcool chez les pêcheurs de la mer du Nord, du 16 novembre 1887 (*R. G. Bl.*, 1894, p. 427 ; M. N. R. G. ², XIV, p. 540), art. 4, l'acte général de la conférence antiesclavagiste de Bruxelles, du 2 juillet 1890 (*R. G. Bl.*, 1892, p. 605, M. N. R. G. ², XVII, p. 345), art. 12 (Au sujet de l'art. 5 de l'acte, v. ci-dessous, p. 316, n. 4). Comp. la disposition semblable dans le traité intervenu entre les grandes Puissances pour la garantie de l'emprunt égyptien (*R. G. Bl.*, 1886, p. 302 ; M. N. R. G. ², XI, p. 94), art. 7 : « Les gouvernements ... s'engagent soit à garantie conjointement et solidairement, *soit à demander à leurs Parlements* l'autorisation de garantir... le service régulier de l'annuité... », etc...

(2) Par exemple, dans la convention internationale concernant la police de la pêche dans la mer du Nord, du 6 mai 1882 (*R. G. Bl.*, 1884, p. 25 ; M. N. R. G. ², IX, p. 556), art. 35.

(3) Comme dans le traité d'extradition entre la France et la Grande-Bretagne cité ci-dessus, p. 312, n. 1.

lièrement pour des *Vereinbarungen* à grande portée un laps de temps notable s'écoule entre la signature et la ratification, si en outre, comme il arrive fréquemment, la détermination de l'*époque* où entrera en vigueur le traité doit faire l'objet d'un accord ultérieur, on n'aperçoit point de raison, pourquoi la validité du traité doit dépendre d'une condition dont la réalisation peut être établie *avant* la ratification. Ce principe solidement établi, d'après lequel le traité, bien que signé, n'acquiert force obligatoire qu'au moment de la ratification ultérieure, doit-il donc précisément servir à notre époque, non point exclusivement, mais principalement, au besoin qu'ont les gouvernements constitutionnellement limités de s'assurer, en le demandant au Parlement, s'ils peuvent se charger des obligations du traité ! D'ailleurs, l'expression qu'on emploie me paraît tout à fait décisive contre cette interprétation. Le gouvernement se charge du *devoir de garantir l'exécution* du traité ; on ne peut point entendre par là qu'il ne s'oblige qu'à la condition que la garantie réussisse. Si on examine les traités qui indubitablement ont été conclus sous cette condition, par exemple le traité d'extradition cité ci-dessus entre la France et l'Angleterre, on voit que la volonté correspondante y a été exprimée avec une clarté parfaite (1).

La difficulté disparaît, si l'on admet que la clause en question doit précisément valoir pour la période qui se place *entre* la signature et la ratification. Autant elle paraît singulière dans le traité ratifié, autant elle est naturelle, quand la ratification est encore en suspens. Elle repose sur cette pensée, que le gouvernement lié par une Constitution ne pourra absolument pas ratifier, s'il n'a pas auparavant acquis la certitude que l'exécu-

(1) Il est dit dans ce traité, art. 15 : « S. M. Britannique s'engage à recommander au Parlement d'adopter une loi qui l'autorise à mettre en vigueur les dispositions de la présente convention. *Lorsque cette loi aura été adoptée, la convention sera mise à exécution à partir du jour qui sera alors fixé par les deux Hautes Parties Contractantes.* » — V. aussi le traité du 13-25 avril 1874 entre l'Empire Allemand et la Grèce concernant les fouilles à Olympie (*R. G. Bl.*, 1875, p. 241), art. 16 : « Chacun des gouvernements contractants s'engage à soumettre aussitôt que possible la présente convention à la représentation populaire compétente ; *cependant* aucune des deux parties n'est obligée de mettre en application cette convention avant la sanction de la représentation populaire. » Un autre article dit que la convention doit être ratifiée *sous réserve* de l'approbation des représentations populaires.

tion du traité sera possible. Grâce à cette clause, il doit être obligé de se procurer cette certitude *le plus tôt possible* ; d'où résulte fréquemment la stipulation d'un délai — qui court, remarquons-le bien, du jour de la signature (1) — pendant lequel la loi d'exécution doit être produite, ou la disposition d'après laquelle cette loi doit être produite dans le plus bref délai possible (2). Certes, cela ne crée point une obligation juridique. Le traité non ratifié n'est pas encore obligatoire ; et donc l'article particulier dont nous parlons ne l'est pas davantage. Aucune des puissances signataires ne pourrait être contrainte d'exécuter ses obligations. Toujours est-il que cet engagement — l'expérience le démontre — est considéré comme une promesse sérieuse, et la présentation de la loi, sinon son vote, a très régulièrement lieu avant la ratification du traité. L'exactitude de l'opinion que nous soutenons ici est démontrée d'une façon frappante, par exemple, par l'art. 9 du traité pour la répression du commerce de l'alcool chez les pêcheurs de la mer du Nord (3), où il est dit : « Les hautes parties contractantes se *communiquent*, lors de l'*échange* des *ratifications*, les lois à élaborer dans leurs Etats relativement à l'objet de ce traité ». C'est seulement de cette manière que s'explique en outre l'alternative par laquelle on promet de *prendre ou de proposer les mesures* nécessaires à l'exécution de la convention. La première alternative n'a aucun sens dans un traité définitivement conclu. Quel homme raisonnable ajouterait à la promesse, par exemple de punir, une deuxième promesse, d'après laquelle il prendrait toutes les mesures pour pouvoir exécuter la promesse !

Il résulte de ceci d'abord que l'engagement du gouvernement de proposer au corps législatif la loi d'exécution indispensable n'a absolument aucune signification internationale dans un traité *ratifié* (4). Correctement, cet engagement devrait être

(1) Comp. acte antiesclavagiste, art. 5 (V. ci-dessous, n. 4).

(2) Par exemple, convention pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 (M.N.R.G.², X, p. 133), art. 17.

(3) V. ci-dessus, p. 314, n° 1.

(4) Je n'accorderai le contraire que si le traité stipule que les mesures nécessaires devront être édictées ou demandées pendant un certain *délai après la ratification*. — Dans le projet d'acte antiesclavagiste belge, l'art. 6 (maintenant art. 5) imposait aux puissances signataires le devoir d' « édicter » une loi pénale contre le commerce des esclaves dans l'année qui

effacé du texte avant la ratification. Et si cela ne se fait pas, c'est simplement parce qu'en vertu d'une pratique diplomatique qui est observée presque sans exception et qui d'ailleurs repose sur de bonnes raisons, l'acte de ratification prend pour base le texte exact du traité, tel qu'il est arrêté par la signature des plénipotentiaires (1). On peut donc ici encore poser en fait que l'Etat « doit » tenir prêt le droit interne internationalement indispensable, *avant* que naisse de la ratification le devoir d'exécuter le traité.

Mais inversement peut-être la thèse en vertu de laquelle l'Etat n'est pas tenu de compléter son droit, tant que la conclusion de la *Vereinbarung* ou du traité *est en suspens*, doit-elle être *élargie*. Pourquoi l'Etat peut-il attendre jusqu'à ce moment ? Parce qu'il ne peut pas, sans sa volonté, être lié par un nouveau droit international. Nous avons vu, ci-dessus, un cas dans lequel des règles du droit international peuvent exceptionnellement être imposées à un Etat (2). C'est possible, avons-nous vu, quand il existe une règle « supérieure » de droit international qui reconnaît expressément à la *Vereinbarung* d'une majorité d'Etats qualité pour suppléer la *Vereinbarung* prise à l'unanimité. L'exemple le plus important nous a été offert par les unions d'Etats organisées, notamment par la Confédération d'Etats. Par son entrée dans l'Union, l'Etat s'expose à la possibilité de se voir *imposer* dans une large mesure des obligations internationales par des règles juridiques ou des « décisions », dont souvent il peut ne pas supposer la création jusqu'à la dernière minute. Comme d'après le principe général, dont l'efficacité est encore plus naturelle dans la Confédération d'Etats qu'ailleurs, et qui y est parfois aussi expressément formulé (3), cet Etat ne peut pas alléguer les lacunes de son

suivrait la ratification (*Actes de la Conférence de Bruxelles*, 2e édit., Bruxelles, 1890, p. 205). En commission, on ajouta : « ou à proposer à leurs législatures respectives ». Mais en même temps, le point de départ du délai fut fixé au jour de la *signature* des actes (*Id.*, p. 186). Cela donne à la phrase, à mon avis, une signification toute différente, et cela me paraît être à l'appui de l'opinion développée au texte.

(1) On traitera à un autre endroit la question de savoir si cela a une importance en droit public interne, que le Parlement saisi du traité avant la ratification approuve, en sanctionnant le traité, la clause dont il est parlé au texte.

(2) V. p. 85 sq.

(3) Comp. la prescription, citée p. 301, n. 3, de l'acte final de Vienne.

droit interne pour s'excuser d'une attitude contraire au droit international, il devrait très naturellement dès son entrée dans la Confédération (ou au moment où il adopte une Constitution, s'il s'en donne une après son entrée dans l'union) se munir du droit interne nécessaire. Ce droit déclarerait que le gouvernement pourra remplir *tout* devoir que dans l'avenir une décision confédérale imposerait à son pouvoir exécutif. Cependant les Etats allemands n'ont *pas* adopté ce moyen dans les Constitutions qu'ils ont élaborées à l'époque de la Confédération — je ne veux pas examiner d'autre situation — ; ils ont cherché à atteindre le même but par un autre détour. Ils n'ont point donné au gouvernement une autorisation générale sous la forme que nous avons indiquée ; mais, à l'aide de règles juridiques particulières, ils lui ont simplement *facilité* l'accomplissement des futurs devoirs d'exécution confédéraux, ainsi que l'élaboration du droit « indirectement ordonné », rendu par là nécessaire. Je n'ai point, pour ce motif, à en parler ici : j'en parlerai à un autre endroit (1).

Si l'Etat peut se trouver amené à créer un droit « indirectement ordonné » en prévision de devoirs qui naîtront plus tard d'un titre juridique international, il a d'autant plus sujet de créer ce droit, quand le titre juridique existe déjà, et que seul est indéterminé le *devoir exact de prestation*, quand, pour ainsi dire, *actio nondum nata est*.

Tel est principalement le cas, quand le *devoir de prestation* qui s'impose à l'Etat à la suite d'un traité dépend de la réalisation d'une condition, de l'arrivée d'un terme, de l'exécution d'une contre-prestation par le créancier. Dès que le droit est né, l'accomplissement ne peut plus être ajourné : l'Etat doit donc par avance avoir prévu les mesures de droit interne nécessaires.

Ceci est beaucoup plus important : l'Etat doit d'*une façon permanente* tenir son droit prêt, pour le cas où des devoirs internationaux apparaîtraient, qui s'imposeraient à lui par suite de la production de faits ne constituant pas des opérations juridiques, c'est-à-dire qui s'imposeraient directement à lui en vertu d'un règle de droit objective, en vertu d'une règle de droit « *générale* ». Tout le droit interne qui permet à l'Etat, au moment où apparaît ce devoir, d'être fidèle à ses obligations est

(1) V. ci-dessous, § 13, V.

un droit internationalement indispensable, en notre sens. Ainsi, l'Etat prévoyant doit par avance organiser son droit interne de façon à pouvoir remplir les devoirs qui s'imposent à lui comme belligérant ou comme neutre — même s'il ne sait pas si et quand il aura besoin de posséder un tel droit. Il n'a servi de rien à l'Angleterre, dans la question de l'Alabama, de s'appuyer sur ce qu'elle manquait des règles juridiques qui lui auraient été nécessaires d'après sa Constitution pour satisfaire à ses devoirs de neutre.

Il résulte de ceci, d'abord, que la sphère du droit interne que nous envisageons ne sera pas la même pour tous les Etats ; que plutôt elle dépendra du nombre et de l'intensité des relations internationales qu'entretient cet Etat. Elle doit atteindre son maximum dans les Etats constitutionnels du Vieux-Monde, que lient des relations permanentes, actives et plusieurs fois centenaires ; elle doit être réduite au minimum, dans les Etats qui, comme le Japon, sont à peine sur le point de nouer de ces relations. Elle sera, en outre, conditionnée par les nombreuses situations particulières dans lesquelles se trouvent les Etats au point de vue de la situation, de la population, de la civilisation. Un Etat continental n'a point besoin des règles juridiques qui rendent possible à une puissance maritime la difficile observation de ses devoirs de neutralité.

On aperçoit, en outre, *quels* devoirs l'Etat envisage essentiellement quand il crée ce droit : les obligations nées de faits dont la production est tout à fait indépendante de sa volonté ou qu'il ne peut pas prévoir. Je me sers d'une expression qu'on emploie dans toutes les branches du droit, quand je dis qu'une importante partie du droit interne indirectement ordonné a pour but de permettre à l'Etat de s'acquitter des obligations qui naissent pour lui d'une *responsabilité* quelconque. Je n'entends point seulement par là la responsabilité par suite de faute, les obligations délictuelles. Celles-ci ne nous intéressent pas en première ligne. Je prends « responsabilité » dans le sens large, lequel signifie simplement le fait d'être lié envers d'autres sujets de droit. Il ne serait guère possible et il serait inutile de faire une classification et de parler en détail de tous les faits d'où naît une telle responsabilité, comme il serait difficile d'exposer complètement le contenu matériel des règles juridiques en question. Je me contente de décrire le groupe dans

lequel rentrent les cas les plus nombreux et les plus importants de responsabilité internationale. Ce sont les cas qui se produisent à la *suite d'actes* d'importance internationale. Je considère d'autre part comme nécessaire de m'occuper de cette matière d'une manière un peu plus approfondie, parce que c'est précisément ici qu'apparaît le plus clairement la fonction du droit internationalement indispensable ; c'est ici qu'elle présente la plus grande importance pratique et qu'elle n'a pas encore obtenu les honneurs qu'elle mérite. Nous rencontrerons d'ailleurs dans cette étude un grand nombre de règles juridiques, qui ne sont point ordonnées par le droit international, mais qui cependant ont, avec les devoirs internationaux, des rapports déterminés qu'il est nécessaire d'expliquer.

---

§ 13

## Suite.

I

Je commence par la responsabilité de l'Etat à raison des actes des *individus*. Cette question a été très insuffisamment traitée dans la littérature, bien qu'elle ait occupé non seulement les écrivains du droit international, mais aussi les maîtres du droit pénal. Il va de soi que ceux-ci ne pouvaient que l'effleurer. D'abord, en effet, la punition est bien une prestation importante, mais ce n'est nullement la seule prestation à laquelle l'Etat peut être tenu à raison de cette responsabilité. En outre, la théorie du droit pénal doit naturellement s'occuper beaucoup plus de la question du devoir ou du « droit » de l'Etat de punir, que de la question de son devoir international de punir (1). De plus, comme nous le verrons, parmi les nombreux devoirs pénaux internationaux, ceux qui naissent d'une « responsabilité » occupent une place relativement petite, de sorte qu'ils ont facilement pu être perdus de vue ou traités incidemment, même par les auteurs qui, pour le reste, ont prêté attention au devoir international de punir. De leur côté, les internationalistes ont souvent éludé les questions où le droit international et le droit pénal se donnent la main, et ils les ont abandonnées aux criminalistes ; d'une façon générale, suivant les termes de Hälschner, ils « adoptent complètement les opinions des criminalistes » en matière de « droit pénal international, et ils essaient beaucoup moins qu'on ne s'y attendait, de solutionner, de leur point de

(1) Il est caractéristique de noter combien *peu* le *devoir* international de punir a retenu l'attention des deux écrivains, qui se sont précisément le plus occupés des délits contre les Etats étrangers et les liens juridiques étrangers : Heinze, *Ueber Verbrechen gegen fremde Gemeinwesen, deren Güter und Angehörige* (*Golldammer's Archiv für Strafrecht*, XVII, p. 556 sq., 609 sq., 673 sq., 737 sq.) et Lammasch, *Ueber politische Verbrechen gegen fremde Staaten* (*Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch.*, III, p. 376 sq.).

vue particulier, les questions brûlantes qui s'y posent » (1).

D'abord, il est certain que la responsabilité de l'Etat à raison des actes des particuliers n'est pas basée aujourd'hui sur le fait que l'auteur de l'acte *appartient* à la communauté étatique. L'idée, datant du haut moyen-âge, d'après laquelle la communauté serait responsable de ses membres, est étrangère au droit international moderne : elle n'apparaît encore çà et là que d'une façon tout à fait isolée (2). S'il s'était trouvé des Français dans la populace de Madrid, qui, sous l'excitation causée par l'attitude de l'Allemagne dans la question des Carolines, s'attaqua à l'hôtel de l'ambassadeur d'Allemagne, la France n'aurait pas été responsable de leur conduite ; au contraire, le gouvernement anglais aurait dû être responsable à raison du raid du Dr Jameson et de ses bandes, qui, parties du territoire britannique, envahirent celui de la République sud-africaine, même si leur chef n'eût pas été anglais.

Ce fut même par une opposition consciente à cette idée de la responsabilité totale, que Hugo Grotius, en s'appuyant expressément sur les principes célèbres du droit romain, formula clairement et vigoureusement la théorie suivante : personne, et donc pas même l'Etat, ne peut être responsable à raison de l'acte d'autrui, quand il n'a pas *commis lui-même une faute*. L'Etat se rend coupable de cette faute, non seulement par provocation, conseil ou assistance dommageables, ou quelque autre chose semblable, mais d'abord et avant tout par une *patientia* contraire au droit. C'est-à-dire qu'il est respon-

(1) Hälschner, *Preuss. Strafrecht*, II, 1. Bonn, 1858, p. 53 sq. — Il y a cependant des exceptions de la plus haute valeur : avant tout, Mohl, *Die völkerrechtl. Lehre vom Asyle*, étude qui a d'abord paru en 1853 dans la *Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss.*, et qui a été ensuite reproduite dans *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, I, Tübingen, 1860, p. 637 sq. (pour notre question, v. particulièrement p. 646, 671-675, 685 sq.) ; et tout dernièrement, v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe in Strafsachen*, I, en beaucoup d'endroits. — Moi non plus, je ne peux pas accorder aux nombreuses questions qui rentrent dans cette matière la place qu'elles méritent ; pour maintes d'entre elles, je peux à peine les effleurer. Cette matière mériterait bien d'être traitée en une monographie, qui devrait être construite sur les riches matériaux de la pratique internationale.

(2) Elle joue encore un rôle, par exemple, dans le vote émis par Sir Cockburn, dans la sentence arbitrale de l'Alabama (*Papers relating to the Treaty of Washington*, IV, p. 234). Le principe se trouve encore formulé trop largement dans la dépêche de Canning du 25 mars 1825 (Calvo, I, p. 243) et dans Wharton, *Commentaries*, § 144.

sable quand, *connaissant* une atteinte contre des communautés étrangères — je me borne provisoirement (je prie de le remarquer) à l'examen de ces actes — il ne l'*empêche* pas, bien qu'il *puisse* et *doive* l'empêcher (1). Ainsi, s'est trouvé posé un principe qui, pendant des siècles, a été accepté comme fondamental. Tous les internationalistes, peut-on dire, jusqu'à nos jours, s'en tiennent à ce principe. Zouch (2), Pufendorf (3), Wolff (4), Samuel von Cocceji (5), Burlamaqui (6), Vattel (7) et les auteurs plus récents qui procèdent de lui (8), Günther (9), — tous suivent la même voie. Peut-être ça et là, le principe perd-il, pour des raisons pratiques, un peu de sa rigueur. On admet, par exemple, une présomption, d'après laquelle l'Etat est en situation d'empêcher les offenses de ses sujets contre l'étranger (10), ou cette autre présomption, d'après laquelle tout ce qui se passe sur le territoire de l'Etat s'y passe avec sa permission (11). De sorte que, *prima facie*, il est responsable pour tout (12). Mais il lui est toujours possible d'administrer la preuve contraire ; et s'il peut établir qu'il n'a pas commis de faute, sa responsabilité n'est pas engagée. Et même, des écrivains récents, qui croient à une responsabilité de l'Etat à raison des actes commis sur son territoire même sans qu'il y ait *culpa* de sa part, ne pensent pas cependant pouvoir se tirer d'affaire sans recourir à la catégorie des « quasi-délits » (13).

(1) *De jure belli ac pacis*, II, 21, § 2 ; comp. II, 17, § 20, 21.
(2) R. Z., *Juris et judicii fecialis... explicatio*, Oxford, 1650, II, sect. 5, quæstion 1.
(3) *De jure naturæ et gentium*, VIII, 6, § 12, comp. VIII, 3, § 28 sq. (Mais le principe est un peu plus limité : est responsable *qui prohibere citra probabile periculum gravioris mali potest*.
(4) *Jus gentium*, § 314-316.
(5) *Introductio ad Henrici de Cocceji Grotium illustratum*, Lausanne, 1751, p. 524 sq.
(6) *Principes du droit politique*, Amsterdam, 1851, IV, § 520 sq.
(7) *Droit des gens*, II, 6, § 71 sq.
(8) Ainsi, Hartman, *Institutionen*, p. 257 sq. ; Calvo, III, p. 133 sq. ; Phillimore, *Commentaries*, I, p. 316 sq., 47 sq. ; Pradier-Fodéré, I, p. 334 sq., II, p. 943 sq. ; Piédelièvre, *Précis*, I, p. 319 sq. — V. aussi Fiore, *Diritto internazionale*, I, p. 427 sq. ; v. Holtzendorff, H. H., II, p. 72 ; Lévi, *International law*, p. 102 sq., et beaucoup d'autres.
(9) *Europäisches Völkerrecht in Friedenszeiten*, II, p. 348.
(10) Ainsi, Pufendorf, VIII, 6, § 12 ; Burlamaqui, *op. cit.*, IV, 3, § 22 ; Phillimore, *Commentaries*, III, p. 242.
(11) Ainsi, Hall, *Treatise*, p. 56, 226.
(12) Phillimore et Hall, *loc. cit.*
(13) Comp. Jellinek, *System*, p. 313 ; Rivier, *Principes*, II, p. 41 sq.

Or, il ne pouvait échapper à personne que l'Etat doit punir d'une manière quelconque les délits graves commis sur son territoire contre l'étranger sans qu'il le sache ou sans qu'il ait pu les empêcher. La pratique internationale n'a laissé subsister aucun doute sur ce point depuis longtemps, et la doctrine a été là-dessus absolument convaincue (1). Mais, ce qui est singulier, on s'est gardé presque toujours autrefois, et on se garde encore souvent aujourd'hui de reconnaître que ce devoir d'expiation n'est pas autre chose qu'un devoir de responsabilité internationale, fondé sans la faute de l'Etat (2). Depuis que Grotius avait vu, dans le fait que l'Etat s'abstient de réagir contre ces délits, dans le *receptus* (3), une manière particulière de participer au fait (4), on a admis comme un dogme établi que l'Etat, qui n'inquiète pas le délinquant, se rend complice *supplémentairement* (5) ou « dans une certaine mesure » (6), qu'il y a une « certaine solidarité » entre la puissance étatique et le délinquant (7), — qu'on ait aperçu dans l'inaction de l'Etat soit une défense du fait (8), soit un acquiescement tacite, soit un consentement (9). Si l'Etat, par suite de son indolence à l'égard des délits accomplis, devient participant à ce délit, sa responsabilité se trouve par là engagée vis-à-vis de l'Etat lésé ; maintenant, mais *maintenant seulement*, il est responsable du délit (10). Par là se trouve

(1) V. les assertions particulièrement précises de G. F. v. Martens, *Précis*, § 100 ; Heffter, *Völkerrecht*, p. 222 (§ 103) ; v. Mohl, *op. cit.*, p. 64 ; v. Martitz, *op. cit.*, I, p. 50, etc..

(2) Du reste, Grotius dit très clairement que les Etats ne doivent pas être rendus « responsables », quand, par ex., leurs corsaires se livrent au pillage contre des Etats amis, à la condition que tout ait été fait pour les en empêcher ; mais, *in nihil amplius teneri, quam ut noxios si reperiri possent, punirent aut dederent* (II, 17, § 20).

(3) Ce n'est pas seulement le fait de recueillir des fugitifs. Comp. II, 21, § 4, al. 8.

(4) II, 21, § 1 sq.

(5) Comp. provisoirement Blackstone, *Commentaries*, liv. IV, ch. 5 (Stephens, *New commentaries*, 12e édit., IV, p. 189 sq.) ; Wildman, *Institutes of international law*, II, Londres, 1850, p. 2 ; Twiss, II, p. 19 sq. (§ 11) ; Pradier-Fodéré, I, p. 336.

(6) Vattel, II, 6, § 77 ; Halleck, *International law*, I, p. 444, 446.

(7) v. Martens-Bergbohm, I, p. 430.

(8) Samuel de Cocceji, *op. cit.*, p. 525.

(9) Günther, *loc. cit.*; Huffcutt, *International liability for mob injuries* (*Publications of the American Academy of Political and Social Science*, n° 30), p. 73 sq., etc.

(10) Vattel, II, 6, § 77 ; Halleck, *loc. cit.*; v. Martens-Bergbohm, I, p.430 ;

rétablie la liaison avec le principe du droit romain, que l'on considère comme indispensable : pas de responsabilité sans faute.

Cette théorie souffre d'un double défaut. Elle imagine, pour l'Etat, une participation qu'un œil impartial ne peut absolument pas discerner. Car en admettant même que le fait de ne pas réagir contre le délinquant constitue une approbation de sa conduite, l'approbation n'est cependant pas la participation. Où, dans le monde, nomme-t-on celui qui ne châtie pas un malfaiteur le complice de l'acte de celui-ci (1) ! On imagine ainsi une complicité, là où il ne peut y avoir qu'une faute propre et indépendante. De plus, on introduit, d'une manière tout à fait inadmissible, l'individu et l'Etat dans un ordre juridique auquel ils ne peuvent nullement être *tous deux* soumis. Si, en effet, on considère que l'individu a, par son offense, violé les normes de l'Etat *lésé*, et que l'Etat du délinquant s'est fait son complice, ces normes devraient alors, ce que certainement elles ne font pas, s'adresser aussi à cet Etat. Mais si l'individu, par son offense contre l'Etat étranger, viole aussi les normes de son propre Etat, on aboutit alors, dans ce système, à cette absurde conséquence, que l'Etat se fait complice de l'auteur de l'acte, en n'appliquant pas une loi pénale faite pour le cas où ses normes sont violées. Il ne reste ainsi plus qu'à soumettre l'individu et l'Etat à un ordre juridique *international* qui les régisse tous deux : mais il est impossible de penser à cela.

S'il est exact, en effet, — ce que nous avons ci-dessus essayé de démontrer en détail (2), — que l'individu ne peut qu'être objet

Levi, *International law*, p. 102 ; v. Bulmerincq, dans le H. H., IV, p. 87 ; Pradier-Fodéré, I, p. 336 ; Piédelièvre, *Précis*, I, p. 320. Jellinek (*System*, p. 313) dit aussi que l'Etat *devient* responsable *quand il ne punit pas* les actes dommageables aux Etats étrangers, commis par les individus soumis à sa souveraineté ; mais la phrase qui suit ne me paraît pas bien s'accorder avec cela. — Dans v. Liszt, *Völkerrecht*, p. 126, l'idée est exprimée de la façon suivante : « L'Etat n'est responsable des délits commis par des particuliers contre les Etats étrangers que *dans la mesure* où sa *législation pénale* et son *organisation répressive* ne suffisent pas à entraîner par la punition du coupable une expiation suffisante. Il est alors — (c'est-à-dire donc s'il n'expie pas) — obligé d'accorder une satisfaction, et, si c'est *nécessaire*, de modifier sa législation ». Bremer, *Gerichtssaal*, XVII, p. 459 considère l'Etat comme *complice* des offenses que *ses lois pénales n'interdisent pas*.

(1) V. déjà v. Mohl, *op. cit.*, p. 674.

(2) V. ci-dessus p. 11 sq., 20 sq.

et non sujet de devoirs internationaux, il est inconcevable qu'une « norme » du droit international soit transgressée par un *particulier.* Il n'y a pas de *délits de l'individu contre le droit international.* L'individu ne peut faillir ni contre le droit international « général », ni contre les « traités internationaux » (1). Au très grand dommage des connaissances scientifiques, les « délits contre le droit international » ont joué un grand rôle dans la littérature, sans que cependant, — ce dont on ne doit pas s'étonner, — on ait abouti à un accord général sur leur définition. Tantôt ces délits sont des violations des règles dictées aux hommes par un droit de nature, soustrait à toute influence terrestre ; ce sont des actes qui, précisément à cause de cela, doivent être considérés comme des faits punissables dans toute communauté humaine (2) ; tantôt ils sont considérés — et c'est à peine si on peut distinguer cette définition de la première — comme de purs délits contre un droit international obligeant à la fois les hommes et les Etats (3), sur quoi

(1) D'après Jettel, *Handbuch d. internat. Privat- u. Strafrechts*, Vienne et Leipzig, 1893, p. 218, n. 2, les « délits créés par les traités internationaux, comme le commerce des esclaves, la détérioration des câbles sous-marins, etc... », seraient précisément de « *véritables delicta juris gentium* ». V. aussi Perels, ci-dessous, n. 3.

(2) Telle a bien été la conception de Grotius. Il s'agit, par exemple, d'individus qui, comme les pirates et les anthropophages, *jus naturæ aut gentium immaniter violant. De Jure belli ac pacis*, II, 20, § 40 ; comp. II, 21, § 6, al. 2. Quand la théorie du droit pénal international, comme elle le fait très fréquemment, parle de « *delicta juris gentium* » ou de « *delicta juris divini* », elle s'inspire habituellement de cette conception. Dans le même sens, on rencontre, dans la jurisprudence anglaise, parmi les « *offences against the law of nations* », les « *offences against the law of all nations* » (Sir A. Cockburn, dans R. v. Keyn, — ci-dessus, p. 148, n. 1 — p. 211), ou les « *violations of the universal law of society* » (Kent, *Commentaries*, 14e édit., p 217), etc...

(3) Comp. entre autres, Heffter, *Völkerrecht*, p. 224 sq. (§ 104), qui, à côté des délits des Etats, place notamment la piraterie, en tant que « transgression généralement punissable du droit international » ; Hartmann, *Institutionen*, p. 203, 257, 258 (« actes contraires au droit international », « délits internationaux » ou « délits de droit international ») ; Perels, *Internat. öff. Seerecht*, p. 67 (La piraterie et le commerce des esclaves d'après le droit international particulier) ; v. Holtzendorff, H. H., II, p. 78 ; Manning, *Commentaries on the law of nations*, 2e édit. par Amos, Londres, 1875, p. 159 sq. ; Wheaton, *Elements*, p. 178 (§ 113) ; Twiss, I, p. 254, 270 ; Halleck, *International law*, I, p. 56 sq. — Dans les précédentes éditions de son *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, v. Liszt a aussi représenté les délits prévus aux §§ 102-104 du code pénal comme « des actes punissables dirigés contre le droit international » ; maintenant (comp. 8e édit., Berlin, 1897, p. 597) il a adopté le point de vue exact. —

on fait souvent remarquer qu'ils sont aussi interdits et punis par les différents Etats, qui reconnaissent ainsi et fortifient ce droit international (1). Malheureusement, ces théories ne sont pas restées sans influence sur la législation, et elles n'y ont pas provoqué un mince désordre : elles ont conduit en effet à l'apparition de cette notion, aussi molle que la cire, de « l'atteinte au droit international » — et c'est là une application de la forme du blanc-seing à la création de normes, qui est particulièrement insupportable en matière de droit pénal. Je cite comme exemple la Constitution des Etats-Unis (2),

Heinze, *op. cit.*, p. 741, est contradictoire : « Certes, les Etats sont seuls, dans le domaine du droit international, véritables sujets de droit, c'est-à-dire, titulaires de droits et de devoirs. Cependant, les obligations internationales peuvent être transgressées par les individus humains. » V. aussi p. 742, 746, etc...

(1) C'est là, en principe, la conception des jurisprudences *anglaise* et *anglo-américaine*. Mais là non plus, il ne règne un accord complet sur ce qu'on doit considérer comme « *offence against, by the law of nations* » ou « *recognised by the law of nations* », et par suite comme délit catalogué tel par le « *common and statute law* ». Cependant, on comprend essentiellement parmi ces délits la piraterie, le fait de ne pas respecter les *save-conducts* et les offenses contre les ambassadeurs. Comp. entre autres Blackstone, *loc. cit.* ; Wildman, *Institutes of internat. law*, I, Londres, 1849, p. 199 sq. ; Kent, *Commentaries*, 14e édit., p. 215 sq. (*Lectures* IX) ; Harris, *Principles of criminal law*, édit. par Force, Cincinnati, 1880, p. 43 sq. Mais on comprend aussi parmi ces délits les offenses contre les chefs d'Etats étrangers et contre d'autres personnes haut placées (?) de l'étranger (Wildman, *op. cit.*, p. 199), et, de plus en plus, le commerce des esclaves, bien que ce dernier point soit très contesté. Comp. Kent, *op. cit.*, p. 216, 225 sq. ; Wharton, *Commentaries*, p. 264, 289, 526 et les auteurs qu'il cite ; en sens contraire, Hare, *Constitutional law*, II, p. 1138 sq. Sir Cokburn (v. ci-dessus, p. 322, n. 2) et J.-K. Stephen (v. ci-dessus, p. 134, n. 9) ont élevé des objections isolées contre la conception dominante.

(2) D'après l'art. 1er, sect. 8, al. 10, le Congrès a compétence *to define and punish piracies and felonies committed on the high seas and offences against the law of nations*. Puisque le Congrès reçoit par là compétence, non seulement pour faire des lois pénales, mais aussi pour « définir » les délits en question, c'est-à-dire pour édicter des interdictions complètement formulées et non pas seulement présentant la forme de blancs-seings, il pourrait sembler que cette expression n'offre ici aucun danger ; le Congrès détermine ce qu'est une *offence against the law of nations*. Mais comme on ne peut admettre que difficilement que le Congrès puisse comprendre par là *toute action quelconque* (comp. Hare, *Constitutional law*, II, p. 1133), la question se pose de nouveau de savoir ce que veut signifier cette expression. Habituellement, on ne considère comme rentrant dans cette compétence que la législation pénale contre la piraterie, contre les offenses aux ambassadeurs, et contre les violations des lois de neutralité. — Comp. les auteurs cités dans v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, I, p. 60,

le *Preussische Allgemeine Landrecht* (1), surtout la législation de la Confédération suisse (2), et aussi le droit pénal espagnol et

n. 1 ; en outre, Story (v. ci-dessus, p. 142, n. 2), II, p. 87 sq. ; Mc Clain, *Treatise on the criminal law*, II, Chicago, 1897, p. 521 sq., 538 sq. Mais d'autres auteurs font aussi rentrer dans cette compétence l'interdiction de la falsification des monnaies étrangères, les lois pour la protection des résidents étrangers, ou contre les dynamiteurs ; par exemple, Hare, II, p. 1132 sq. D'un autre côté, la question se pose de savoir si le Congrès a agi constitutionnellement quand, pour « définir » l'acte interdit, il s'est simplement borné à renvoyer au droit international ; quand, par exemple, dans l'*act* du 3 mars 1819, ch. 76, s. 5 (v. maintenant *Rev. Stat.*, § 5368), il a prévu une peine pour la piraterie *as defined by the law of nations*. V. à ce sujet Kent, *op. cit.*, I, p. 220 sq. ; Story, *op. cit.*, II, p. 87 sq., et particulièrement l'étude détaillée du cas U. St. v. Smith, *Wheatons Rep.*, V, p. 153 sq.

(1) Deuxième partie, titre 20, § 135 : « Contre celui qui viole le droit international au détriment des Etats étrangers, leurs chefs et leurs ambassadeurs, ou qui les offense autrement, la peine méritée par l'acte lui-même doit être aggravée. »

(2) Le point de départ est formé par la Constitution fédérale du 12 septembre 1848, dont l'art. 104 donne compétence au *Bundesgericht*, auquel sont adjoints des jurés, pour juger définitivement des *crimes et délits contre le droit international* (on trouve une formule essentiellement semblable dans l'art. 112 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, dans l'art. 49 de la loi fédérale sur l'organisation de la justice fédérale du 5 juin 1849, dans l'art. 32 de la loi portant le même titre du 27 juin 1874 et dans l'art. 107 de la loi fédérale du 22 mars 1893). Cependant l'art. 107 de la Constitution de 1848 réservait à la législation fédérale le soin d'indiquer avec *précision* les crimes et délits qui tombent sous la compétence du *Bundesgericht*, et les lois pénales qui doivent être appliquées. C'est sur cette disposition qu'a été basée la loi fédérale de la Confédération suisse du 4 février 1853. D'après les énonciations non équivoques de l'art. 73, les actions prévues et punies aux art. 39, 41-43 doivent être considérées comme « crimes (délits) contre le droit international ». Ces délits se répartissent en deux groupes. *Premièrement*, « délits contre la sécurité et la tranquillité extérieure de la Confédération » ; dans cette disposition rentre la violation du territoire suisse (art. 39). *Deuxièmement*, « délits contre les Etats étrangers » (s'ils sont commis en territoire suisse, comp. art. 1er de la loi de 1853, rapp. de l'art. 2 de la loi fédérale sur la justice pénale fédérale du 27 août 1851) ; dans cette disposition rentrent la violation du territoire étranger (art. 41), les outrages publics contre les peuples étrangers, leurs souverains et leurs gouvernements (art. 42), et les offenses contre les ambassadeurs (art. 43). Jusqu'ici, tout va bien. Mais l'art. 39 menace d'une peine tout « *autre acte contraire au droit international* dirigé contre la Suisse ou une partie de la Suisse », et l'art. 41, en outre de la violation du territoire étranger, punit tout *autre acte contraire au droit international* (contre les Etats étrangers). On est aussi avancé qu'avant. — La rédaction imprécise de la loi a souvent été critiquée. Comp. Vogt, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss.*, XIII, p. 370, n 2) ; Ullmer, *Staatsrechtl. Praxis*, I, p. 457 sq. ; Lammasch, *op. cit.*, p. 404, 407 sq. ; Stooss, *Grundzüge des Schweiz. Strafrechts*, II, Bâle et Genève, 1893, p. 409. V. aussi

russe (1). Des projets de loi récents ont essayé, jusqu'ici sans succès heureusement, de suivre ce mauvais exemple (2). En outre, en rencontre fréquemment des menaces de peines contre

le rapport du procureur général suisse de mai et juin 1885 (v. Salis, *Schweizerisches Bundesrecht*, IV, Berne, 1893, p. 75 sq.). — En fait, on a appliqué l'art. 41, en 1879, à l'éditeur d'un journal anarchique paraissant en Suisse, et qui avait défendu, d'une façon irritante, les attentats de Hödel, Nobiling et Juan Oliva (Moncasi). Comp. v. Salis, *op. cit.*, IV, p. 55 sq.; Blumer-Morel, 2e édit., II, 1, p. 252. V. en outre Ullmer, I, p. 458 sq. — L'art. 45 de la loi fédérale sur l'administration judiciaire répressive pour les troupes de la Confédération, du 27 août 1851, punit « celui qui commet un acte contraire au droit international » susceptible de provoquer des hostilités de la part d'une puissance étrangère. Le seul cas, connu en pratique, dans lequel il ait été fait application de cette loi, a été la poursuite intentée contre le capitaine franc-tireur Huot et ses hommes, qui, le 6 février 1871, en s'en revenant de la Suisse, où ils étaient internés, vers le territoire français, avait assailli un détachement prussien qui revenait, lui aussi, de la Suisse, où il avait livré des chassepots pris par erreur. Un prussien avait été tué, deux blessés, et le reste fait prisonnier. Mais le jury déclara les accusés non coupables. Comp. Schweizer, *Geschischte der Schweizerischen Neutralität*, Frauenfeld, 1895, p. 976 sq. (l'exposé de Dahn, *Völkerrecht. und staatsrechtl. Studien*. Berlin, 1884, p. 210, doit être rectifié d'après cet ouvrage).

(1) En Espagne, sont punis en tant que *delitos contra el derecho de gentes*, les offenses contre les chefs d'Etats et les ambassadeurs étrangers résidant en Espagne (*Código penal* du 18 juin 1870, art. 153, 154), certains délits des militaires, notamment les « actes hostiles » contre les Etats étrangers, la violation de l'armistice, les violences, contraires au droit de la guerre, contre les prisonniers, les parlementaires, les hospitalisés, etc... (*Código penal para el ejercito* du 17 novembre 1884, art. 104, 105; maintenant *Código de justicia militar* du 27 septembre 1890, art. 231, 232, et *Código penal de la marina de guerra* du 24 août 1888, art. 126, 127), et aussi les délits contre la population pacifique et contre les choses en pays ennemi, etc... (*Código de justicia militar*, art. 233 sq.). — Pour la Russie, v. loi pénale d'août 1885, art. 259.

(2) Ainsi, pour l'*Italie*, le projet de loi pénale de Mancini (présenté à la Chambre des députés le 25 novembre 1876, v. *Atti parlamentari*, *Camera dei deputati*, Législ. XIII, Sess. 1876-77, *Atti stampati*, I, n° 17, p. 99 sq.) permettait, entre autres, de punir les délits commis à l'étranger par des étrangers contre des étrangers, quand ils constituaient des *crimini contra il diritto delle genti* (art. 7, § 2). — Le projet de Hilty en vue d'un code pénal militaire *suisse*, de 1884 (*Bundesblatt*, 1884, III, p. 227 sq.), ne renvoie pas seulement, dans son art. 69 relatif aux *délits contre le droit international*, au droit pénal fédéral; dans le n° XXIV, chiffre 8 des articles qu'il propose relativement à la guerre, il menace de prison l'individu assujetti au service militaire, etc..., qui « s'est rendu coupable de violations, autres que celles ici prévues, *du droit de la guerre généralement reconnu des peuples civilisés*. Stooss, *Bemerkg. z. d. Entw. eines Schweiz. Militarstrafgesetzb*, Berne, 1885, p. 13, critique avec raison ces vagues généralités. — V. aussi l'art. 8 du droit de la guerre du premier projet de 1878.

la violation, par les sujets, des traités internationaux (1), — ce qui est extrêmement regrettable, si elles visent simplement les traités internationaux, et ce qui est très admissible, si elles visent certains traités spécialement déterminés et publiés (2) ; dans ce cas, la norme contenue dans l'instrument international peut être transformée en norme de droit interne avec moins de difficulté (3). Sans cela, il faut faire un effort, qui est le plus souvent peu récréatif. On ne peut jamais l'éviter. Car il importe de savoir ce que l'Etat ordonne. C'est contre son ordre, et non contre celui du droit international, que pèche le sujet (4).

Si l'Etat, en restant indifférent vis-à-vis de l'individu qui offense l'Etat voisin, ne devient pas complice de cet individu, il est néanmoins exact de dire qu'il est « responsable », quand il n'intervient pas contre cet individu. Mais — et c'est là la chose essentielle — cette responsabilité est bien différente d'une responsabilité pour le fait de l'individu. L'Etat est responsable parce qu'il ne réagit pas, ainsi donc pour son *propre* fait. Nous en sommes maintenant arrivés là où nous voulions. Si l'Etat est responsable quand il n'intervient pas, cela s'explique parce qu'il est obligé d'intervenir. Mais cette obligation n'est que l'émanation de sa responsabilité pour le fait du particulier. L'Etat ne *devient* pas responsable, comme on dit toujours, par suite de son apathie vis-à-vis du fait ; mais il était responsable et il reste responsable, quand il néglige de faire ce à quoi il est obligé par suite du fait. *La responsabilité pour ce fait existait dès le début.*

(1) Code pénal bavarois du 6 mai 1813, art. 306 (« Doit être puni... comme délinquant du quatrième degré... celui qui, sciemment et intentionnellement, viole les traités passés entre la Bavière et les autres puissances ». De même, code pénal de Oldenburg du 10 septembre 1814, art. 311 ; code criminel du Hanovre du 8 août 1840, art. 130 (violation des traités internationaux « qui ont pour objet immédiat le maintien de la tranquillité intérieure et de la paix extérieure ») ; de Hesse-Darmstadt du 17 septembre 1841, art. 143 ; de Nassau du 14 avril 1849, art. 142.

(2) V. la loi d'Empire dn 4 mars 1894, concernant l'exécution du traité pour la répression du commerce de l'alcool chez les pêcheurs de la mer du Nord, art. 1er : seront punis les « actes contraires aux dispositions des art. 2 et 3 du traité international », etc...

(3) Sur ce point, v. § 15.

(4) La conception exacte tend de plus en plus à prévaloir. Comp. par exemple Jellinek, *System*, p. 312 sq. ; v. Liszt, *Strafrecht*, 8e édit., p. 597 ; Beling, *Exterritorialität*, p. 40 ; Dubois, *Revue*, XXIX, p. 190, n. 2, etc...

Qu'advient-il maintenant du dogme : pas de responsabilité sans faute ? N'est-il pas, dans l'immense majorité des cas, complètement impossible de seulement prévoir ces attaques contre les Etats étrangers — qu'on songe aux outrages contre les gouvernements étrangers et leurs ambassadeurs — ? La meilleure police n'est ni omnisciente ni omniprésente. On ne soulève cette objection que parce qu'on oublie généralement que le droit international connaît deux sortes de responsabilités de l'Etat à raison des actes des individus : ces responsabilités reposent sur des fondements tout à fait différents, bien qu'elles puissent être engagées par un seul et même acte : l'une consiste dans le devoir de *réparation* (*Reparation*) et l'autre dans le devoir de *satisfaction* (*Genugthuung*) à la personne lésée (1).

Pour qu'apparaisse *le devoir de réparation*, il faut, d'après la pratique dominante aujourd'hui entre les Etats, qu'à l'offense commise par le particulier, s'ajoute une *faute* de l'Etat. Seul doit payer une indemnité celui qui se rend coupable d'une complicité dans l'acte dommageable, celui qui, par exemple, en tant que neutre, n'a pas empêché un croiseur de quitter ses ports, dans des conditions qui constituent une faute. La tendance par laquelle notre droit privé se libère sur ce point de plus en plus des chaînes du pur droit romain, n'a encore, pour des raisons faciles à comprendre, exercé aucune influence sur le développement du droit international. C'est ici le point où la théorie de Grotius correspond complètement à la pratique : l'Etat est responsable, s'il pouvait empêcher, et si, contrairement au droit, il n'a pas empêché, s'il a manqué de *due diligence*, au sens des trois règles du traité de Whasington. Si l'on pouvait parler d'une

(1) On est très tenté d'établir une comparaison avec cette règle du droit interne, d'après laquelle naissent d'un seul et même acte aussi bien un devoir de réparation (d'indemnité) qu'un devoir d'endurer la peine (V. not. Binding, *Normen*, 2e édit., I, p. 270 sq., 412 sq., 433 sq.). Il y a certainement une parenté entre cette règle et l'institution de droit international dont nous parlons au texte. Mais elle n'est pas très profonde. Je prie d'abord de remarquer que le devoir de satisfaction internationale, bien qu'il soit souvent rempli au *moyen* d'une peine, n'est pas cependant le devoir d'endurer la peine. En outre, la peine ne frappe que le coupable, tandis qu'ici la satisfaction est accordée par l'Etat non coupable. C'est la communauté juridique qui contraint à la peine ; tandis qu'ici c'est le lésé qui exige la satisfaction. D'autre part, le devoir de réparation incombe souvent en droit privé à une personne qui n'a pas commis de faute ; ici, comme on le montre de suite, il n'incombe qu'à l'Etat coupable.

réception du droit romain dans le droit international (1), ce serait ici. Or, comme le devoir de l'Etat, dans l'hypothèse envisagée, consiste régulièrement dans le paiement de dommages-intérêts (2), tout le droit interne, qui accorde au gouvernement l'autorisation de faire cette dépense, est internationalement indispensable ; quand, dans tel cas particulier, la marge est trop étroite, le « fonds de disposition » trop petit, il faut une loi spéciale pour l'augmenter.

Mais l'acte de l'individu peut, avec ou sans le devoir de réparation, engendrer pour l'Etat le devoir d'accorder *satisfaction* à l'Etat lésé. Cette prestation n'est pas le contenu d'une obligation délictuelle ; elle naît aussi sans faute. Elle n'est, même quand elle est assurée sous la forme d'une peine, ni un secours juridique ni une punition du délit. Elle n'est ni une compensation ni un dédommagement du préjudice ; elle apparaît le plus souvent à la suite d'une offense irréparable. Elle constitue plutôt une mesure destinée à *apaiser le sentiment de l'étranger offensé par le fait*. La réclamation qui vise à obtenir une satisfaction se base sur ce que l'étranger sans pouvoir lui-même se protéger contre l'offense, a été atteint par une offense venue du territoire d'un Etat, qui seul *serait* en situation d'assurer la protection. Non point que le droit de réclamation, je le répète encore, résulte de ce que l'Etat refuse ou néglige, dans des conditions qui constituent une *faute*, d'assurer la protection ; il suffit qu'en fait l'Etat n'ait pas assuré la protection au bien qui en avait besoin.

Il résulte d'abord de ceci que *cette* responsabilité ne peut être engagée que par des actes commis sur le territoire de l'Etat pris à partie (3). On ne peut pas demander satisfaction pour toute chose à cet Etat ; on ne peut la lui demander que pour ce qui se passe sur son territoire. La responsabilité revêt ici un caractère purement territorial ; elle est la conséquence nécessaire du droit de souveraineté sur le territoire ; elle est indifféremment enga-

(1) Comp. ci-dessus, p. 210 sq.

(2) Le devoir de « contraindre », comme on dit généralement, l'individu qui a causé le dommage à le réparer, est tout autre que le devoir de responsabilité. V. ci-dessous, p. 334, n. 4.

(3) L'obligation de punir les délits commis à l'etranger, qu'ils soient de droit général ou de droit conventionnel (piraterie, traités pour la punition des contraventions forestières, rurales ou de chasse, traités pour la punition du commerce des esclaves, etc...), repose sur une autre base. Elle rentre naturellement dans le cadre de notre exposé, dans la mesure où l'Etat doit se pourvoir du droit indispensable à l'accomplissement de cette obligation.

gée par des actes des nationaux ou des étrangers. Mais comme sa justification réside en ce fait que des biens ont été atteints dans un domaine où s'exerce *exclusivement* la puissance d'un Etat, d'abord, elle ne peut pas se limiter au territoire de terre ferme entouré de frontières fixes, formant en vertu du droit constitutionnel le domaine normal de la puissance étatique ; inversement, elle n'existe pas, quand et dans la limite où l'Etat lui-même n'exerce aucune souveraineté à l'intérieur de ce territoire. Ici aussi « territoire de l'Etat » est synonyme de « territoire de la puissance étatique ». Par suite, la responsabilité s'étend aux « délits » commis dans les colonies et protectorats, mais non aux délits commis dans les simples sphères d'intérêts (1) ; elle s'étend aux délits commis à bord des navires de guerre en quelque endroit qu'ils se trouvent, et aux délits commis sur des navires de commerce en haute mer, mais non point dans les eaux étrangères. Elle naît aussi d'actes commis sur le territoire d'un Etat étranger, si la puissance étatique s'étend sur ce territoire, et elle cesse par rapport au propre territoire, dans la mesure où la puissance étatique en est évincée, — c'est l'Etat occupant, et non point l'Etat envahi, qui est responsable de ce qui se passe sur le territoire occupé ; c'est l'Autriche-Hongrie et non point la Turquie, qui est éventuellement responsable des faits qui se passent en Bosnie-Herzégovine. Si plusieurs Etats exercent un condominium sur un territoire, ils sont tous responsables. Or, ainsi que nous le verrons, une des formes principales, sous lesquelles l'Etat satisfait au droit de responsabilité, est la *punition* du coupable ; aussi les prescriptions législatives sur le domaine d'application « dans l'espèce » des lois pénales sont-elles, en cette matière, de la plus grande importance internationale. Il n'est pas seulement important au point de vue national, il est internationalement indispensable que l'Etat soumette à sa puissance les étrangers qui séjournent sur son territoire, qu'il considère ses navires en haute mer comme « terre nationale » au sens des lois pénales, qu'il introduise ses lois pénales dans ses colo-

(1) En ce sens, Hall, *Treatise*, p. 135. — Comp. la note de Lord Granville à l'ambassadeur allemand à Londres du 29 novembre 1880, dans laquelle il décline la responsabilité de faits qui s'étaient produits dans certaines parties du Sud-Ouest africain, en dehors de la baie des Baleines, etc..., cette dernière seule étant territoire britannique (*Drucks. d. deutschen Reichstags*, 6. *Leg.-Per.*, *l. Sess.* 1884-1885, n° 61, p. 4).

nies et veille à leur application (1), et qu'il s'attribue le droit de punir les actes qui sont commis en pays ennemi, sur le territoire qu'il occupe (2).

La nature de la responsabilité en question détermine en outre la *sphère* des actes individuels, à raison desquels l'Etat est obligé d'accorder satisfaction.

D'abord, au point de vue négatif. Le devoir de responsabilité ne naît que d'offenses *coupables*. Si un fou tire une balle sur l'attaché à l'ambassade d'Allemagne à Londres, ou si un dément brise à Washington les fenêtres de l'ambassadeur anglais (3), l'Etat, à qui appartient la personne offensée, ne peut pas ressentir le besoin d'une satisfaction. L'acte d'un irresponsable doit constituer pour l'Etat lésé un accident. C'est à cause de cela, et non pas parce que l'auteur n'est pas punissable, qu'une peine ne peut pas être réclamée ; il n'y a non plus ni excuse, ni rien de semblable. Certes, si l'Etat dans lequel le fait a été commis n'a pas assuré la sécurité nécessaire, il peut être rendu responsable ; mais alors il est responsable pour une faute d'abstention. De plus, si le devoir de responsabilité est un devoir de *satisfaire*, il va de soi qu'il ne peut pas consister en une responsabilité pour « tort civil », qu'il y ait ou non faute Un Etat ne peut pas être responsable vis-à-vis de l'étranger, parce que son sujet ne paie pas ses dettes à l'Etat étranger ou aux nationaux de celui-ci (4).

(1) V. pour les protectorats allemands les textes rassemblés par v. Stengel, *Die deutschen Schutzgebiete*, Munich et Leipzig, 1895 (tirage à part des *Annalen des deutschen Reichs*) ; y ajouter les deux règlements impériaux du 26 juillet 1896, concernant l'introduction des lois pénales militaires allemandes, et la procédure pénale contre les militaires, etc., etc.

(2) Comp. entre autres code pénal militaire, §§ 155, 157, 158, 160 rapp. du § 134 (du reste, Binding, *Handbuh*, I, p. 115, 120, reproche avec raison à ces dispositions d'être très insuffisantes). Au sujet des délits commis à l'étranger par des militaires, comp. code pénal militaire, §§ 7, 127 sq., 153 En ce qui concerne la juridiction consulaire, v. p. 336, n. 1.

(3) Ces deux exemples sont des faits récents.

(4) Cette proposition est depuis longtemps admise comme allant de soi dans le droit international « européen », mais elle est fréquemment et expressément stipulée dans des traités avec des Etats à demi-cultivés. Comp. le traité entre la Confédération de l'Allemagne du Nord et le Japon, du 20 février 1869 (*B. G. Bl.*, 1870, p. 1), art. 5, al. 6. — Si l'Etat doit ouvrir dans une large mesure aux étrangers la *voie judiciaire* pour leurs réclamations de droit privé — et on est d'accord là-dessus, — cela ne signifie naturellement pas qu'il est responsable des dettes privées de ses sujets. C'est donc une erreur, que de dire comme v. Liszt, *Völkerrecht*,

En second lieu, si la responsabilité de l'Etat où a été commis l'acte peut être légitimement recherchée quand, dans le sphère où s'exerce sa puissance, une chose a été lésée, qui ne pouvait être protégée que par lui, et ne pouvait pas l'être par l'Etat offensé, il s'ensuit que la responsabilité est toujours engagée et n'est jamais engagée que quand cet Etat est *obligé de protéger* contre tout dommage ou tout péril le bien qui a été endommagé ou compromis. Le devoir de responsabilité de l'Etat est exactement aussi étendu que son devoir de protection (1). Puisqu'un bien juridique est susceptible et a besoin d'être protégé de différents côtés, et que par suite le devoir de protection peut se limiter à certains côtés du bien, on fera mieux de dire : *l'Etat est responsable des actes que le droit international l'oblige à empêcher, et de l'omission des actes que le droit international l'oblige à faire exécuter*. Ainsi la question de responsabilité peut d'abord être tranchée par des *Vereinbarungen* spéciales, relatives au devoir de protection. Car ce devoir peut être introduit (2) là où il n'existe pas en vertu des principes généraux, et il peut être exclu de là où il devrait par lui-même exister (3). Il va de soi, en outre, que le devoir de responsabilité, en tant que tel, peut être établi par une convention spéciale, d'où on peut inversement conclure à un devoir de protection, si ce devoir n'existe pas naturellement ou n'a pas fait également l'objet d'une convention (4). Devoir de responsabilité et devoir de protection vont

p. 126 : « L'Etat n'est responsable des violations du *droit privé* commises sur son territoire par des particuliers contre les nationaux d'un autre Etat... que dans la mesure où ses tribunaux se rendent coupables d'un déni de justice. Sa *responsabilité* est donc *conditionnée* par le fait qu'on a invoqué en vain ses tribunaux. »

(1) Je rappelle que je ne traite ici que de la protection des biens juridiques contre les attaques venues du territoire où s'exerce *notre* puissance.

(2) V. les nombreux traités qui imposent au neutre le devoir d'empêcher le commerce des armes ou la violation des blocus, etc... Qu'on songe aussi aux traités pour la protection des droits d'auteurs littéraires ou industriels.

(3) Comp. le protocole additionnel au traité entre la Confédération de l'Allemagne du Nord et le Liberia, du 31 octobre 1867 (*B. G. Bl.*, p. 203), dans lequel le plénipotentiaire de la République déclare que, en considération de ce que la République ne possède qu'un navire de guerre et ne peut l'utiliser qu'en un endroit, il aurait volontiers intercalé dans le traité, après la promesse de « protection » des navires allemands, notamment contre le pillage, les mots « qui est en son pouvoir ». Il reconnaît cependant que cela va de soi, et se contente de mentionner la situation dans le protocole.

(4) Comp. le § 4 de la fameuse loi sur la presse de la Confédération

toujours ici la main dans la main (1). Mais nous nous demandons seulement ce qu'il faut décider en vertu du droit inter-

Germanique, du 20 septembre 1819 (v. Meyer et Zœpfl, II, p. 97) : « Tout Etat confédéré est responsable des écrits qui paraissent sous sa haute surveillance, si ces écrits violent la digné ou la sécurité des autres Etats confédérés, attaquent la Constitution ou l'administration de ces Etats... » En outre, §§ 1, 5, 6.

(1) C'est d'après cela qu'on doit, à mon avis, résoudre la question peu traitée de savoir si l'Etat est responsable à raison des actes commis sur son territoire par les individus qui y jouissent de l'exterritorialité : ambassadeurs, éventuellement consuls européens dans les ressorts des tribunaux consulaires en Orient.. — A. Je réponds d'abord par l'affirmative, s'il s'agit d'attaques dirigées par la personne qui jouit de l'exterritorialité *contre un Etat tiers*. Car l'exterritorialité n'affranchit pas assez la personne qui en jouit de la puissance de l'Etat de la résidence, pour que cet Etat n'ait pas le droit et le devoir d'empêcher cette personne de se livrer à ces attaques (Je le remarque en passant, — c'est là un nouvel argument en faveur de la proposition d'après laquelle les « normes » de l'Etat de la résidence s'appliquent aussi et doivent même s'appliquer aux personnes qui y jouissent de l'exterritorialité). Certes l'Etat de la résidence est incapable d'accomplir lui-même son devoir de responsabilité, quand ce devoir ne peut être exécuté qu'à l'aide d'une *punition*. Il peut (et, vis-à-vis de l'Etat lésé, il *doit*) demander à l'Etat qui a envoyé les personnes jouissant de l'exterritorialité de le libérer de son devoir de responsabilité en punissant lui-même cette personne, ou de l'aider à accomplir ce devoir. Mais, qu'il soit lui-même principalement responsable, cela résulte bien de ce qu'il doit donner satisfaction sous une *autre* forme (excuse, retrait de l'exequatur, « renvoi » des ambassadeurs). Il ressort de ceci qu'il est indispensable à un double point de vue que l'Etat se reconnaisse le droit de punir et le droit de juger les délits commis à l'étranger par ceux de ses nationaux qui se trouvent à l'etranger et qui y jouissent de l'exterritorialité, sous forme, par exemple, d'une juridiction consulaire précise ; il doit pouvoir les punir *d'abord* pour les délits commis contre les biens de l'Etat de la résidence, et *deuxièmement* pour les délits commis dans l'Etat de leur résidence contre des Etats tiers. Mais, dans les deux cas, à mon avis, il se met en mesure de remplir son devoir vis-à-vis de l'*Etat de la résidence*. — B. Si l'individu qui jouit de l'exterritorialité commet un délit contre son *propre Etat*, l'Etat de la résidence, malgré son devoir de protection, n'est pas tenu d'accorder une satisfaction ; car, en réclamant l'exterritorialité, l'Etat qui a envoyé cet individu a renoncé au droit de réclamer le plus important des moyens de satisfaction, la peine ; il ne peut pas davantage, par suite, exiger une satisfaction sous une forme plus adoucie. L'obligation de fournir une indemnité, par exemple,ne pourrait être justifiée que par une faute de l'Etat de la résidence. — C. Il en est autrement, à mon avis, de la responsabilité de l'Italie pour les actes hostiles du Pape contre des Etats étrangers, du moins contre ceux de ces Etats qui ont demandé pour lui les libertés qui figurent dans la loi des Garanties (v. ci-dessus, p. 290, n° 1). Car vis-à-vis de ces Etats, l'Etat italien n'a nullement le devoir d'empêcher le Pape de faire quelque chose, il n'a donc aucune responsabilité. En ce sens, Geffcken, H. H., II, p. 174 ; Heilborn, *System*, p. 205 ; v. Liszt, *Völkerrecht*, p. 23. En sens contraire, Zorn, *Preuss. Jahrb.*, XLII, p. 548.

national « général ». Il faut traiter séparément de la protection des *Etats* étrangers en tant que tels, et de celle de leurs *nationaux*.

Le droit international exige de chaque Etat qu'il protège les autres Etats, à l'intérieur du territoire où s'exerce sa souveraineté, contre les attaques dirigées contre leur existence étatique, leur territoire, leur Constitution, y compris la forme du gouvernement et l'ordre de succession au trône, leur honneur. Il exige, en partant de cette idée que la souveraineté étatique s'incarne visiblement dans la personne du chef inviolé de l'Etat, que ce chef soit protégé par l'étranger contre les attentats à sa vie, à son intégrité corporelle, à sa liberté, à son honneur. Il exige enfin que protection soit accordée aux personnes qui, en tant qu'organes des relations diplomatiques, représentent l'Etat en territoire étranger. Tout Etat est obligé d'empêcher les individus qui sont soumis à sa sphère de puissance de s'attaquer à ces personnes et à ces biens. A cela, il faut joindre le droit du belligérant d'être protégé en territoire neutre contre certains actes qui constitueraient un avantage pour son ennemi, et par suite une atteinte à sa puissance militaire. On n'est nullement d'accord, en théorie comme en pratique, sur ce que sont ces actes, bien que de plus en plus on paraisse en arriver à admettre la proposition suivante : le devoir du neutre se réduit à empêcher les actes, qui font du territoire neutre, y compris le territoire maritime, un théâtre de l'action guerrière ou de la préparation immédiate, technique ou administrative, de la guerre, — ainsi l'Etat devrait empêcher l'équipement et l'approvisionnement de navires de guerre ou de corsaires, et l'installation de bureaux de recrutement sur son territoire, mais non point le simple commerce de contrebande, la violation d'un blocus, ou l'entrée de ses sujets dans l'armée d'un belligérant. Je ne peux pas épuiser ici la question. Quelque réponse qu'elle puisse recevoir, il est toujours certain que l'Etat neutre n'est obligé de donner satisfaction que pour les actes qu'il devait empêcher en vertu du droit de neutralité, mais qu'il doit donner satisfaction pour tous ces actes (1).

(1) Dernièrement, on s'est à plusieurs reprises prononcé contre l'admission de « devoirs de neutralité » ; dans la prétendue violation de ces devoirs, dit-on, il ne s'agit que d'actes par lesquels le neutre sort de sa passivité et participe à la guerre. Le « lésé » a désormais le droit de traiter l'autre

On voit que le devoir d'empêcher (*Verhinderungspflicht*) n'a trait qu'à des actes qui se caractérisent tous comme des atteintes à la conservation constitutionnelle et territoriale de l'Etat étranger, ainsi qu'à la sûreté des personnes internationalement protégées (1). Ce sont des actions « hostiles », comme le disent si fréquemment nos lois pénales, des actions perturbatrices de la paix, en ce sens particulier du mot. Mais notre devoir de protection se *borne* à cela. Nous ne sommes pas obligés d'empêcher les autres actes, bien qu'ils soient dirigés contre l'Etat étranger, en tant que support (*Träger*) de droits de souveraineté (2). Nous n'avons pas à nous soucier des délits commis par des fonctionnaires étrangers dans l'exercice de leurs fonctions et séjournant chez nous, des violations que peuvent subir chez nous les interdictions émanées des autorités policières étrangères (3). Nous ne sommes pas tenus, abstraction faite naturellement d'une obligation dérivant d'un traité, d'empêcher la contrebande au détriment de l'étranger : les contrebandiers peuvent même avoir chez nous des complices (4). Et surtout nous n'avons aucune

en ennemi (Comp. Gareis, *Institutionen*, p. 215 ; Beling, *Kritik. Vierteljahrsschrift*, XXXVIII, p. 618). Il a certainement ce droit ; je crains seulement que cette solution, malgré son apparence favorable, ne lui serve pas à grand chose. D'ailleurs, il est absolument faux que la violation de la neutralité constitue une participation à la guerre ; ce n'est certainement pas vrai du moins quand cette violation consiste à laisser faire aux sujets des actes « interdits ». La question n'est pas purement théorique. Si on la résoud comme le font les écrivains que nous combattons, je ne vois pas comment les Etats-Unis auraient pu justifier leur demande en indemnité contre l'Angleterre dans la question de l'Alabama.

(1) Il y a bien d'autres choses dont on aurait encore à parler ici (Devoir de responsabilité pour tentatives, pour actes de préparation, pour invitation au délit ?) Comp. Lammasch, *op. cit.*, p. 412 sq., etc.). Je ne peux pas entrer dans les détails.

(2) Dans la mesure où l'Etat étranger se présente comme support de droits pécuniaires privés, l'atteinte dont il peut être victime ne nous intéresse pas.

(3) Comp. Heinze, *op. cit.*, p. 675 sq.

(4) V. v. Mohl, *op. cit.*, p. 723 sq. ; *Entsch. d. Reichsg. in Strafs.*, XIV, p. 124 sq., not. p. 128 sq. — On se demande aussi — mais c'est une tout autre question — si nous ne devons pas interdire la contrebande et tout ce qui a pour but la contrebande, comme actes « immoraux ». Cela n'a rien à voir, à mon avis, avec les obligations internationales. V. à ce sujet Heffter, *Völkerrecht*, p. 78, n. 9 ; v. Bar, *Theorie und Praxis*, II, p. 31 ; Kohler, *Die Ideale im Rechte*, *Archiv f. bürgerl. Recht*, II, p. 206 sq., tous avec d'autres références. Ajouter encore les jugements rapportés dans *Seuffert's Archiv*, I, p. 202 sq. ; XXI, p. 56 sq. , XLIX, p. 153 sq. ; LII, p. 19. Mais l'Etat peut naturellement être obligé par traité, de déclarer nuls les contrats faits en vue du transport du commerce de contrebande ; ainsi

obligation internationale de nous faire les huissiers de l'étranger, et de l'aider à obtenir l'exécution des *ordres* auxquels doivent obéissance ceux de ses sujets qui se trouvent chez nous ; nous n'avons pas à contraindre les individus qui doivent le service militaire à rentrer dans leur patrie, ni les contribuables à payer leurs impôts : nous ne sommes pas responsables de leur abstention.

Si maintenant nous opposons aux atteintes contre l'Etat les atteintes contre ses nationaux, c'est-à-dire les atteintes qui constituent ce qu'on appelle fréquemment les « délits privés » (1), — ce n'est pas très correct, mais cela ne peut guère être évité dans des recherches de cette sorte (2) — nous devons nous demander encore ici : dans quelle mesure l'Etat est-il obligé d'accorder protection aux biens juridiques des *nationaux étrangers* contre les atteintes venues de son territoire (3) ? L'étendue du devoir de protection est encore ici préjudicielle à l'étendue de la responsabilité.

On est d'accord en théorie et en pratique sur ceci : les sujets des Etats étrangers, qui se fixent chez nous de notre consentement, doivent, même sans traité particulier, recevoir *la même* protection contre les attaques et les menaces que nos propres nationaux. Ils ne doivent pas en recevoir une moins étendue : car les relations internationales seraient impossibles si l'Etat de la résidence ne devait pas se substituer à l'Etat propre, quand celui-ci est incapable d'assurer la protection (4). Mais ils ne doivent pas en recevoir une plus étendue ; car ce qui est juste pour le propre national sera juste aussi pour l'étranger, que personne ne force à habiter chez nous. Mais il résulte de ceci que nous devons assurer la même protection aux biens juridiques du par-

par exemple les cartels douaniers entre l'Empire Allemand et l'Autriche, du 6 décembre 1891 (*R. G. Bl.*, 1892, p. 63), § 7.

(1) Rentrent aussi dans cette catégorie les atteintes contre l'Etat étranger, quand elles visent la sphère des droits privés de l'Etat. Comp. Heinze, *op. cit.*, p. 611 sq.

(2) V. déjà v. Mohl, *op. cit.*, p. 712 ; Heinze, *op. cit.*, p. 557.

(3) Je ne parle ici que de ces délits (j'y insiste de nouveau) et non pas des délits commis à l'étranger par des nationaux ou des étrangers. Certes, nous serons parfois obligés de punir ces délits, mais non pas parce que nous en sommes responsables. La meilleure preuve en est que ces délits ne peuvent jamais engendrer un autre des devoirs de satisfaction (excuse, etc...), comme le font les délits commis chez nous.

(4) V. entre autres, Heinze, *op. cit.*, p. 566.

ticulier qui se trouvent à l'étranger et auxquels des atteintes peuvent être portées du territoire où s'exerce notre puissance. Ces biens ne peuvent pas être plus faiblement protégés : car la raison pour laquelle nous sommes obligés de protéger l'étranger *chez nous* vaut ici dans la même mesure. Ils ne peuvent pas être plus fortement protégés : ce serait en effet un contresens que de devoir protéger le bien des étrangers, qui se trouve en dehors de nos frontières, mieux que celui qui se trouve chez nous. Tout ceci ne fait aucune difficulté, quand il s'agit de violations aux biens juridiques tels que la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, la fortune (abstraction faite peut-être des droits d'auteur) qui sont sensiblement protégés partout de la même façon, et quand ces violations ont lieu dans les Etats civilisés — et ce n'est que dans ces Etats qu'il importe que ces principes généraux soient reconnus. Aucun Etat ne se soustrait à la nécessité d'interdire aux individus qui sont soumis à sa puissance de tromper ou d'offenser les étrangers, même les étrangers qui se trouvent à l'étranger. Mais aucun Etat non plus n'admettrait que des fraudes ou des offenses soient commises contre ses sujets dans des Etats étrangers ou depuis le territoire étranger, et restassent impunies, si du moins, on ne tient pas compte, ici comme partout, de ce qui est sans importance et reste isolé.

Plus difficile mais aussi moins pratique serait la question de savoir ce qu'il en est du devoir de protection en matière d'attaques dirigées contre des biens juridiques qui ne sont pas simplement individuels, et qui ne sont pas non plus des biens juridiques de l'Etat en tant que tel (1) — qu'on songe notamment aux délits contre le sentiment religieux ou moral. L'étranger peut être excité aussi par un blasphème contre la divinité, ou un outrage aux institutions ecclésiastiques, par la diffusion d'une littérature immorale (2). Si on assimilait ces actes aux « délits pri-

(1) Heinze, *op. cit.*, p. 613 sq., les baptise ainsi : biens publics sous la protection de l'Etat. Il cite, parmi les délits dirigés contre ces biens, notamment les délits qui constituent un danger public, les délits en matière monétaire, les délits de mœurs.

(2) Du reste la question n'est pas complètement théorique. En 1889-1890, les cercles musulmans s'émurent de ce que le drame de Henri de Bornier, « *Mahomet* », devait mettre à la scène la figure du Prophète. Le sultan éleva des protestations, et le gouvernement français interdit par deux fois la représentation. Comp. *Journal*, XVIII, p. 127. Ce n'était là, à mon avis, qu'un acte de courtoisie. — Pour l'outrage aux morts, v. le cas mentionné dans le *Journal*, XV, p. 72.

vés »,on arriverait à ce résultat que l'Etat doit protéger l' « étranger » (*Ausland*) — on ne peut pas s'exprimer avec plus de précision — non pas mieux, mais aussi bien que l' « intérieur » (*Inland*). D'où il résulterait que, par exemple, pour tout délit contre les mœurs commis dans l'Etat A et qui exciterait l'indignation des nationaux de l'Etat B fixés dans l'Etat A, ou d'une façon générale le public de l'Etat B, cet Etat B pourrait exiger une satisfaction de l'Etat A. Des choses de ce genre sont certainement jusqu'à ce jour étrangères au droit international. Du point de vue *international*, les délits en question doivent être traités comme les délits contre les Etats. Il n'y a donc pas un devoir *international* de protéger les biens juridiques lésés ou menacés par ces délits, puisque ce devoir se limite aux biens ci-dessus indiqués des communautés étrangères.

En quoi consiste maintenant l'acte par lequel l'Etat *remplit* son devoir de satisfaction ? Différents moyens sont à sa disposition ; ils peuvent être — et c'est caractéristique — réclamés cumulativement. La question de savoir si un seul seulement ou plusieurs de ces moyens, et lesquels, seront réclamés, dépendra de la gravité de l'offense ; dans le doute, elle sera équitablement appréciée par l'Etat qui réclame, et à qui satisfaction doit être accordée. On peut envisager d'une part des actes de nature solennelle, le paiement d'une indemnité (1) — de l'autre une peine, peut-être une expulsion (2). Mais comme seuls nous intéressent les actes que l'Etat doit accomplir à l'aide de sa *loi*, les formes de satisfaction de la première catégorie ne rentrent pas

(1) Qu'on songe à la somme énorme que le gouvernement du Transvaal réclamait à l'Angleterre, comme « dédommagement moral ou intellectuel » du raid Jameson. — Même quand un Etat paie le « prix de la douleur », directement ou par l'intermédiaire de leur gouvernement aux sujets lésés d'un Etat étranger, c'est ce *dernier* qui est créancier et qui doit faire la réclamation.

(2) Du moins, elle est parfois demandée comme satisfaction par l'Etat lésé *à la place* de la peine ; comp. v. Mohl, *op. cit.*, I, p. 644, et n. 1. Mais habituellement, l'expulsion n'est pas l'exécution du devoir de responsabilité ; elle est une mesure de police,qui a précisément pour but d'éviter que naisse le devoir de responsabilité. Elle sert surtout à prévenir les actes hostiles préparés chez nous par des étrangers contre les Etats étrangers. En cette qualité cependant, il est possible qu'elle constitue pour nous un devoir. Comp. v. Martitz, *op. cit.*, I, p. 24, 34, 37, etc... ; Langhard, *Recht d. polit. Fremdenausweisung*, Leipzig, 1891, p. 48, 56 sq. V. aussi ci-dessous, p. 342, n. 4. — En aucun cas, de nos jours, l'*extradition* n'a pour but de donner satisfaction pour un fait commis chez nous.

dans notre sujet. Nous avons déjà parlé en effet du paiement d'une somme d'argent (1) ; et s'il s'agit d'envoyer une lettre d'excuse, de saluer un pavillon qui a été outragé, il ne faut pour cela, en droit constitutionnel, aucune autorisation de la législation interne ; — à moins qu'on ne veuille voir cette autorisation dans les dispositions de compétence tout à fait générales, et certes partout indispensables, relatives aux relations diplomatiques. Cependant, quand la responsabilité internationale donne lieu à des *actes publics*, à un *ordre* ou à une *contrainte*, il faut, dans un Etat de droit (*Rechtsstaat*), une loi d'autorisation. En un pareil Etat, les pouvoirs publics doivent édicter à temps des lois pénales, qui aient pour effet de réprimer pénalement tous les « actes hostiles », dont nous venons de parler, contre les Etats étrangers, et les offenses aux nationaux étrangers. D'où les lois pénales qui prévoient des peines pour les délits contre les biens juridiques les plus précieux des individus, sans distinguer entre les nationaux et les étrangers ; d'où encore les lois spéciales qui punissent les attaques contre l'Etat étranger, son chef, ses ambassadeurs (2), les « violations de neutralité » (3). Puisque, comme nous l'avons vu, l'Etat est responsable dès qu'il doit une protection, puisque l'octroi de cette protection consiste tantôt en actes de *prévention policière*, tantôt — et c'est le plus important — en *interdictions* de léser ou de compromettre un bien, puisque enfin la satisfaction consiste principalement en une *peine*, les *normes* que l'Etat édicte pour la protection de ces biens sont du droit interne *immédiatement ordonné* ; et au contraire les *lois pénales*, qui créent un droit pénal pour la violation de ces normes, sont du droit interne *internationalement indispensable* ; sont de même indispensables toutes les lois d'autorisation qui ont pour but de permettre aux autorités policières d'empêcher les atteintes (4) et d'assurer une prompte justice aux atteintes commises.

(1) V. ci-dessus, p. 332.

(2) Comp. les explications dans Lammasch, *op. cit.*, p. 396 sq., 427 sq. ; v. de plus, les codes pénaux pour le canton de Vaud, du 18 février 1843, art. 100 sq. ; pour le canton des Grisons, du 8 juillet 1851, art. 68 ; pour l'Italie, du 30 juin 1889, art. 128 sq. ; pour la Bulgarie, du 2 février 1896 (traduction de Krüger, Berlin, 1897), art. 245.

(3) V. les auteurs cités dans Lammasch, *op. cit.*, p. 405 sq. A ajouter peut-être encore le code pénal bulgare (v. précédente note), art. 114, n° 1 ; projet de code pénal autrichien de 1891, § 109 (§ 103 dans la rédaction du projet de la commission de la Chambre des députés. Comp. *Beil. zu den stenogr. Protokollen, II. sess.* IX, n° 709, p. 162).

(4) Il en est ainsi des lois qui permettent d'expulser, d'interner, de saisir

D'après le code pénal français, dont l'exemple a été beaucoup suivi, les attaques contre les Etats étrangers ne sont punies que quand elles ont provoqué une déclaration de guerre, amené des représailles ou d'autres actes hostiles, exposé l'Etat aux unes ou autres (1) ; d'après tout ce qui a été dit, ces dispositions du droit interne internationalement indispensable sont *insuffisantes*. Car la guerre et les représailles sont des moyens reconnus par le droit international, en vue de contraindre à une prestation ou à une expiation dues pour un délit de l'*Etat*. Dans la conception moderne, elles ne sont jamais justifiées par ce fait qu'un national aurait commis un acte « non approuvé par le gouvernement ». Elles pourraient être appliquées, dans notre hypothèse, si le gouvernement se refusait à accorder satisfaction en punissant l'auteur. La loi pénale considère ici comme élément de la punissabilité ou même du délit ce qui ne pourrait être que la conséquence de la non punition. Cela rend illusoire toute la protection pénale.

Il résulte encore de là que c'est dénoter une véritable méconnaissance du droit international que de voir, comme on le fait très souvent en doctrine, dans les attaques des sujets contre les « Etats amis », un péril pour l'Etat et de vouloir par là justifier l'établissement d'une norme et d'une loi pénale (2).

des armes ou des navires, d'emprisonner, de dissoudre des associations, d'interdire des réunions, des cortèges, des discours, des représentations, etc..

(1) Code pénal, art. 84 : « Quiconque aura, par des actions hostiles non approuvées par le gouvernement, exposé l'Etat à une déclaration de guerre, sera puni du bannissement ; et si la guerre s'en est suivie, de la déportation. » Art. 85 : « Quiconque aura, par des actes non approuvés par le gouvernement, exposé des Français à éprouver des représailles, sera puni du bannissement. » Lammasch cite toute une série de lois pénales, qui se rattachent à ces dispositions (*op. cit.*, p. 401). En outre, comp. code pénal du canton de Vaud, du 18 février 1843, art. 98 ; loi fédérale suisse sur l'administration de la justice aux troupes de la Confédération, du 27 août 1851, art. 45 ; *codice penale* italien de 1889, art. 113. V. aussi le code russe des peines criminelles et correctionnelles (édit. de 1885 ; trad. de Glasenapp, 2ᵉ édit., Dorpat, 1892), art. 259. Le code pénal bulgare, art. 114, n° 1, punit le fait de compromettre intentionnellement la neutralité. — Clunet, *Offenses et actes hostiles commis par des particuliers contre un Etat étranger*, Paris, 1887, s'est livré à une critique approfondie des dispositions du code pénal ; v. aussi Lammasch, *op. cit.*, p. 401 ; Leoni, *Archiv. f. öffentliches Recht*, IV, p. 190 sq.

(2) V. par exemple Klüber, *Völkerrecht*, § 62 ; Oppenheim, *Objekte des*

Ce n'est pas le délinquant qui menace la sûreté de son Etat ; c'est ce dernier qui se mettrait lui-même en péril, s'il n'établissait pas la norme et la loi pénale. Le délit est contre un bien juridique *étranger* protégé par l'Etat. La norme qui protège ce bien est édictée en vertu d'un ordre du droit international, et la

*Verbrechens*, Bâle, 1894, § 56, p. 360 (la paix avec l'étranger est « l'objet de protection secondaire » attaqué) ; Häberlin, *Grundsätze des Criminalrechts*, II, Leipzig, 1847, p. 49 sq. Il dit p. 50 : « Le danger pour l'Etat propre consiste en ceci que l'Etat étranger, s'il n'obtient pas *satisfaction* pour les entreprises hostiles *par la punition de l'auteur*, peut se trouver entraîné à se faire justice lui-même et à entrer en guerre contre l'Etat en question. » On le voit, c'est exactement la même faute que dans les lois citées à la note précédente. V. aussi J. F. Stephen, *Digest of criminal law*, 5e édit., Londres, 1894, p. 75 (art. 103). — On en revient au même quand on considère comme objet attaqué dans ces délits les « rapports internationaux », le « lien international » de l'Etat propre. Ainsi Berner, *Wirkungskreis des Strafgesetzes*, Berlin, 1853, p. 139, 86 (mais ici ce qu'il dit est au contraire tout à fait exact) ; Schultz, *Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt* (Thèse Berlin), Magdebourg, 1881, p. 10 sq. ; Stooss, *Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, I, Bâle et Genève, 1892, p. 50 (le bien juridique protégé est le propre Etat, en tant que « forme internationale » ; l'Etat étranger est « indirectement » protégé) ; v. Bar, *Lehrbuch des internat. Privat- u. Strafrechts*, Stuttgart, 1892, p. 253, n. 17 (dans la violation des lois de neutralité, « l'objet attaqué au sens juridique... c'est la neutralité du propre Etat »), etc. On sait que de nombreuses lois pénales traitent des actes en question sous le titre de « trahison contre le pays », ou « actes dangereux pour l'Etat ». — V. au contraire la phrase simple et exacte dans les motifs du projet de loi d'Empire du 26 février 1876 (v. ci-dessus, p. 192, n. 3). On trouve l'opinion juste notamment dans Hälschner, *Preuss. Strafrecht*, II, 1, p. 59 ; Knitschky, *Verbrechen des Hochverrats*, Iena, 1874, p. 87 sq. en note ; v. Liszt, *Strafrecht*, 8e édit., p. 597. — Le décret confédéral du 18 avril 1836 (v. ci-dessus, p. 192, n. 3) exigeait que toute entreprise contre l'existence, l'intégrité, la sûreté, la Constitution de la Confédération Germanique fût punie par les Etats confédérés comme le « même » acte dirigé contre eux, en tant que haute trahison, etc... Comme ce décret basait sa disposition sur l'idée — certainement inexacte — que la Constitution confédérale était un « élément nécessaire » de la Constitution de chaque Etat particulier, la théorie a presque toujours considéré les « délits contre la Confédération Germanique », punis par les lois pénales allemandes, comme des délits contre le propre Etat. V. Heffter, *Lehrbuch des gem. deutsch. Strafrechts*, 6e édit., Brunswick, 1857, p. 163, n. 5 ; Zachariæ, *Archiv des Criminalrechts*, N. F. 1852, p. 47 ; Lammasch, *op. cit.*, p. 436, etc... Néanmoins, les atteintes à la Constitution confédérale étaient des atteintes à l'association internationale en tant que telle, et Laband a tort (*Staatsrecht*, 3e édit., I, p. 129), quand il prétend que l'ancien droit confédéral et l'art. 74 de la Constitution d'Empire, bien que la rédaction de cet article se rapproche de celle du décret confédéral de 1836, diffèrent en ceci, que, autrefois, les attaques contre la Confédération devaient être

loi pénale remplit le double but suivant : donner à la norme, par la menace d'une peine, la force qui lui est due, et rendre l'Etat capable de satisfaire à son devoir international d'expier.

## II

De ce que l'Etat est responsable des actes des individus en tant que tels, il ressort aussi évidemment que possible qu'il est responsable de la conduite de ceux de ses sujets dont il doit faire siens les agissements. Ici son devoir de responsabilité ne repose pas sur un fondement réel, mais sur un fondement personnel ; ce qui le rend responsable, ce sont ses relations particulières non pas avec l'acte, mais avec celui qui agit. Aussi n'y a-t-il ici aucune limitation aux faits qui se sont passés sur le domaine territorial où s'exerce son pouvoir. Il n'y a pas non plus de différence dans le fondement de l'obligation de réparer et dans celui de l'obligation de satisfaire. Mais, d'autre part, il n'y a responsabilité que pour les actes qui, objectivement considérés, constituent des violations du droit international, c'est-à-dire, que l'Etat pourrait avoir lui-même commis ; sinon, il serait impossible de voir en eux des actes propres de l'Etat.

Cela se manifeste d'abord en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat pour ses *organes*. Plus exactement : en ce qui concerne sa responsabilité pour les agissements des personnalités qu'il a revêtues de la « qualité d'organe », qu'il a investies d'un emploi public. Il va de soi que l'Etat doit répondre des agissements de ces personnalités vis-à-vis de l'étranger dans la mesure où elles ont agi dans le cadre de leur compétence légale, fût-ce même peut-être en violant leurs instructions ; dans cette limite, en effet, il agissait *en* elles ; dans leur faute, il doit expier sa propre faute. Mais il n'est pas moins indubitable qu'il est aussi internationalement responsable de leur conduite, quand elles sortent des limites de leur compétence, c'est-à-dire qu'il

punies *en tant que* trahison envers l'Etat particulier, tandis que, d'après l'art. 74, les attaques contre l'Empire doivent être punies *aussi bien que* la trahison envers l'Etat particulier. *En ceci*, le droit de la Confédération et le droit de l'Empire ont été semblables. Mais v. ci-dessus, p. 192 sq. Exact Heinze, *Erörterungen*, p. 53 ; v. Seydel, *Commentar*, 2e édit., p. 403 (celui-ci cependant adopte une base inexacte).

est responsable des actes qui, s'ils étaient de véritables actes de l'Etat, devraient être considérés comme des violations du droit international par l'Etat (1). Juridiquement, ces actes ne sont certes pas des actes de l'Etat, mais, en vertu d'un principe absolument indispensable à la sécurité des relations internationales et généralement reconnu par suite par la pratique internationale, on doit les attribuer à l'Etat, qui, en instituant un fonctionnaire et en lui confiant un emploi, a permis que ces actes soient accomplis sous le couvert de l'Etat (2).

L'Etat s'est soigneusement efforcé, souvent en édictant des règles juridiques particulières, d'*éviter* que ce devoir de responsabilité ne naisse — d'autant plus qu'aujourd'hui l'exercice de la puissance étatique se trouve en contact avec la vie internationale dans tous les domaines, même dans ceux qui paraissent le plus subordonnés ; et tout organe, même le plus infime, de l'administration active comme de l'autorité judiciaire peut se trouver saisi de questions ayant une importance internationale. Il faudrait mentionner en premier lieu les *ordres* donnés pour que les fonctionnaires agissent conformément au droit international (3), et l'organisation d'un *contrôle de service*, ayant pour objet de les contraindre à agir ainsi. Certes, ce sont là des moyens imparfaits, et notamment le pouvoir de contrôle échouera presque complètement à l'égard des autorités qui jouissent dans les Etats constitutionnels d'une large indépendance : les tribunaux (4). Cependant le législateur a souvent exagéré le danger qui peut naître pour l'Etat des jugements et des ordonnances de ses tribunaux au point de vue international,

(1) En ce qui concerne les autres actes, il n'est éventuellement responsable que d'après les règles juridiques qui régissent sa responsabilité pour les sujets.

(2) Il serait très désirable qu'on fît une étude plus détaillée de ce sujet, et qu'on l'édifiât sur les matériaux, qui sont extrêmement abondants. La solution qu'on donne à la question si discutée du fondement et des limites de la responsabilité *civile* de l'Etat à raison des fautes de ses fonctionnaires, ne peut nullement être préjudicielle pour le problème de droit international. V. aussi Jellinek, *System*, p. 231.

(3) Ils servent en toute première ligne à cet objet. L'opinion dominante leur attribue cependant une autre signification. On reviendra plus en détail sur ce sujet.

(4) Indiqué par v. Holtzendorff, H. H., II, p. 95. Sur le contrôle de l'Empire et sur l'indépendance des tribunaux d'Etat, v. ci-dessous, p. 366.

et il a été ainsi amené à limiter la liberté des juges dans une mesure qui doit être sévèrement critiquée ; toutefois, on ne peut pas perdre de vue que, de nos jours, ce danger se trouve précisément augmenté, pour des raisons faciles à comprendre, du fait que des laïcs non fonctionnaires participent dans une large mesure à l'administration de la justice ; on trouve une remarquable illustration de ceci dans les difficultés internationale qui peuvent naître et qui sont nées des jugements rendus par les jurys (1). C'est par la connaissance de ce danger que s'expliquent les lois qui retirent aux tribunaux, dont la composition permet de supposer qu'ils rendront des sentences partiales dans les questions de caractère international, la compétence qui, dans ces cas, leur appartiendrait en vertu de l'organisation générale des compétences ; ainsi, la loi française du 16 mars 1893 enlève aux jurés, auxquels il appartenait d'après la loi sur la presse du 29 juillet 1881, le jugement des « offenses » commises par la voie de la presse contre les chefs d'Etat étrangers et contre les ambassadeurs étrangers accrédités en France, et

(1) On comprend difficilement que, comme Creasy, *First Platform*, p. 337, on puisse nier la responsabilité de l'Etat à raison des décisions de ses jurys, même en protestant avec indignation contre ce manque de responsabilité. La pratique internationale en a décidé autrement. Je renvoie, entre autres exemples, au cas rapporté dans le *Preuss. Justizministerialblatt*, 1878, p. 137 sq., dans lequel l'Italie formule avec succès des représentations au sujet d'une condamnation contraire au droit international prononcée par un jury prussien. Il s'agissait cependant dans ce cas, je ne veux pas le cacher, non point d'une « faute » des jurés en tant que tels, mais de la violation du principe de la spécialité de l'extradition. Mais cela est sans importance pour notre discussion. Comme, en 1871, des juges français avaient à plusieurs reprises acquitté des meurtriers de soldats allemands, Bismarck déclara, dans une lettre à l'ambassadeur impérial à Paris, du 7 décembre 1871 (*Staatsarchiv*, XXI, p. 334), qu'il était loin de vouloir attribuer une « responsabilité » au *gouvernement* français dans les décisions des jurés, mais il menaçait néanmoins et en termes très vigoureux, de représailles ; il rendait ainsi l'*Etat* français responsable ! — La législation que nous allons bientôt mentionner prouve excellemment d'ailleurs que les Etats sont eux-mêmes convaincus de cette responsabilité. — Exact, Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 263. v. Liszt, *Völkerrecht*, p. 126, est trop strict, quand il n'admet la responsabilité à raison des décisions judiciaires, de même d'ailleurs qu'à raison des décisions des autorités administratives, que s'il y a déni de justice ou violation du droit. L'Etat ne doit-il réellement pas être responsable quand de bonne foi un ministère accorde l'asile en interprétant faussement un traité d'extradition ?

elle le confie aux tribunaux correctionnels (1). Ou bien l'Etat ne confie le jugement des procès les plus graves au point de vue international qu'à son tribunal supérieur ; ainsi font les Etats-Unis pour les affaires « *affecting ambassadors and others public ministers and consuls* » (2) Parfois, il dessaisit complètement les tribunaux de ces sortes d'affaires ; ainsi, d'après une intéressante disposition de la procédure autrichienne, la juridiction sur les personnes qui jouissent de l'exterritorialité, quand elles ont volontairement renoncé à leur immunité, est exercée, non pas par les tribunaux ordinaires, mais par le bureau du maréchal supérieur de la Cour (*Obersthofmarschallamt*) (3). Tendent au même but les dispositions moins radicales, d'après lesquelles le tribunal, avant de prononcer sa sentence sur les questions, à la solution exacte et prudente desquelles l'Etat a un intérêt diplomatique, doit consulter un fonctionnaire administratif, vraisemblablement plus familiarisé avec les questions internationales, ou peut-être le chef de l'Etat lui-même, et *doit suivre* l'indication qui lui est ainsi donnée, par exemple, en matière d'interprétation des traités ou d'appréciation de leur validité (4),

(1) Comp. les motifs du projet de loi au *Journal officiel*, 1893, *Documents parlement.*, Sénat, Annexe, n° 9, p. 6 ; en outre, le rapport de la commission du Sénat, *id.*, *Débats parlement.*, Sénat, p. 42, et le rapport, encore plus vigoureusement motivé, de la commission de la Chambre des députés, *id.*, *Documents parlement.*, Chambre des députés, Annexe, n° 2557, p. 61. — Lammasch, *Zeitchr. f. d. ges. Strafrechtswiss.*, III, p. 440, cite une disposition semblable du droit italien.

(2) Constitution de l'Union, art. 3, sect. 2, al. 2 ; *Judiciary act* du 24 septembre 1789 ; *Rev. Stat.*, p. 687, 711. Il est à noter cependant que la compétence des tribunaux de l'Union n'est pas dans tous les cas exclusive de celle des tribunaux d'Etat. Comp. ci-dessous, p. 362 Sur l'expression très discutée « *affecting ambassadors* », etc.., comp. entre autres Story, *Commentaries*, 5e édit., II, p. 463 sq. ; Wharton, *Commentaries on law*, p. 588 ; Patterson, *The United States and the States under the Constitution*, Philadelphie, 1888, p. 196 ; v. Holst, *Staatsrecht der Vereigniten Staaten von Amerika*, Fribourg, 1885, p. 117. Il est certain en tout cas que les plaintes *contre* les ambassadeurs, etc... ne peuvent être portées que devant la *Supreme Court* de l'Union ; v. Holst, p. 120.

(3) V. maintenant l'art. III de la loi d'introduction à l'organisation juridictionnelle, du 1er août 1895. Sur les anciennes dispositions et la situation de l'*Obersthofmarschallamt* à ce point de vue, v. Starr, *Rechtshilfe in Oesterreich*, Vienne, 1878, p. 9 sq. ; Slatin, *Journal*, XI, p. 340, n. 1.

(4) Ainsi, au cas de partage des voix sur ces points, d'après le règlement prussien du 25 janvier 1823 (le ministre des affaires étrangères donne un

lorsqu'il y a doute sur l'existence du privilège de l'exterritorialité (1), ou sur la question de savoir si la réciprocité, qui est une condition de l'octroi de l'assistance juridique, de l'admission à l'assistance, de l'exemption de la caution *judicatum solvi*, est réellement observée dans l'Etat étranger (2), et surtout avant d'appliquer le droit de rétorsion (3). Et, si on fait abstraction des prescriptions qui ont spécialement trait à la jurisprudence, on doit mentionner ici toutes les nombreuses règles juridiques, qui ne permettent en général aux autorités subordonnées de faire usage de la puissance étatique dans les affaires internationalement importantes qu'après en avoir demandé l'autorisation à un organe étatique supérieur ou même au plus élevé de ces organes, — tel est le cas, par exemple, quand il s'agit d'intenter une poursuite pénale contre des personnes jouissant du privilège de l'exterritorialité ou contre des étrangers qui ont commis un délit à l'étranger (4) ou dans les eaux

avis qui lie les juges). Le règlement du 24 novembre 1843, § 2, a affaibli cette situation, en ce sens que le tribunal, sur la proposition qui lui en est faite ou d'office, doit « prendre l'*avis* nécessaire en vue d'un jugement conforme au droit ». Du reste, le fondement donné au premier de ces règlements est caractéristique. V. ci-dessous, § 18, II.

(1) Loi sur l'introduction à l'organisation juridictionnelle autrichienne du 1er août 1895, art. IX, al. 3 (Avis du ministre de la justice). Comp. sur ce point et pour la note suivante, Horten, *Die Jurisdiktionsnorm*, 1. *Hälfe*, Vienne, 1898, p. 9 sq.

(2) Organisation juridictionnelle autrichienne du 1er août 1895, § 38, n° 3 ; code de procédure civile autrichienne, du même jour, § 57, § 63, al. 2. — D'après le règlement général prussien sur les tribunaux du 6 juillet 1793, 1re partie, tit. 2, § 65, les consuls étrangers, qui n'exerçaient pas une profession commerciale, ne pouvaient être arrêtés « sans en référer au département des affaires étrangères ».

(3) *Preuss. Allg. Landrecht*, *Einl.*, § 44 (« Les juges inférieurs ne doivent jamais recourir à la rétorsion contre des étrangers sans l'assentiment de leurs *supérieurs* ») ; édit bavarois sur l'indigénat du 26 mai 1818 (premier supplément à la Constitution), § 18 (assentiment du *roi*) ; règlement du royaume de Saxe, concernant l'introduction et l'exécution du code civil, du 9 janvier 1865, § 3 (assentiment du *ministre de la justice*). Aujourd'hui, les tribunaux allemands n'ont en général pas compétence, sans une autorisation législative, pour faire usage du droit de rétorsion. Comp. *Entscheid. des Reichsgerichts in Civils.*, XXIX, p. 129 et les citations.

(4) C'est ce qu'on appelle les « cas de rapport » (*Berichtsfälle*). V. art. 4 du code pénal révisé du royaume de Saxe du 1er octobre 1868. Autres exemples dans v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, I, p. 121, n. 11 ; Beling, *Exterritorialität*, p. 110 ; code pénal finlandais du 19 décembre 1889,

territoriales (1), ou de régler la succession des personnes jouissant de l'exterritorialité (2) ; dans l'Empire Allemand, le chancelier ne peut ordonner des mesures générales de rétorsion qu'avec l'assentiment du *Bundesrath* (3). Il faut citer encore les règles juridiques qui réservent certaines initiatives dont le caractère est internationalement relevant au chef de l'Etat ou à un autre organe élevé de l'Etat (4), ou même qui renvoient au législateur (5).

Grâce à ces mesures de prudence et à d'autres semblables, l'Etat peut éviter dans une large mesure de voir sa responsabilité engagée à raison des actes de « ses organes » ; on sait cependant qu'il n'est pas extrêmement rare qu'elle le soit. Et comme les actes étatiques, par lesquels l'Etat, qui a un devoir de responsabilité à remplir, doit accorder à l'étranger satisfaction ou réparation, consistent du moins en partie en actes qu'il ne peut accomplir que moyennant une autorisation législative, les

chap. 1, § 2, al. 2 (*Beil. z. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswiss.* XI). — v. Holtzendorff, *Deutsche Revue*, XIII. 2, p. 64 sq., *Revue*, XX, p. 221, trouve nécessaire *de lege ferenda*, partout où le droit pénal allemand permet mais n'exige pas qu'on poursuive les délits commis à l'étranger par des étrangers, de décider que la procédure ne pourra être engagée qu'avec l'autorisation du ministère des affaires étrangères, et de donner à ce ministère le droit de retirer son autorisation à *chaque stade de la procédure* ; « ce n'est que par ce moyen qu'on pourra éviter les collisions qui sont à craindre entre le droit international et le droit pénal ». C'est aller trop loin. Du reste, le cas Schnäbelé, auquel se réfère v. Holtzendorff (v. ci-dessus, p. 308 sq.) ne pouvait pas conduire à cette proposition, car Schnäbelé était poursuivi pour un délit commis à l'intérieur. Comp. Leoni, *Archiv f. öff. Recht*, IV, p. 186 sq., contre Clunet, *Questions de droit relatives à l'incident franco-allemand de Pagny*, Paris, 1887.

(1) *Territorial waters jurisdiction act*, 1878, s. 3 (assentiment d'un secrétaire d'Etat, du gouverneur dans les colonies).

(2) Règlement du royaume de Saxe, concernant la constitution dans les affaires juridiques non discutées, du 9 janvier 1865, § 10.

(3) Comp. loi sur la faillite, § 4 ; loi d'introduction au code civil, art. 31.

(4) Ainsi, d'après le règlement d'Empire sur l'industrie, § 64, al. 3, le droit de limiter le trafic commercial avec l'étranger, comme mesure de rétorsion, est réservé au *Bundesrath*. L'Empereur a le droit, moyennant l'assentiment du *Bundesrath*, d'édicter des tarifs douaniers de rétorsion, d'après la loi sur le tarif douanier du 15 juillet 1879, § 6, rédaction de la loi d'Empire du 18 mai 1895.

(5) J'ai à peine besoin de dire que toutes ces règles ne sont ni internationalement ordonnées, au sens étroit du mot, ni internationalement indispensables.

nombreuses lois qui permettent une réaction de l'Etat contre le fonctionnaire coupable — car c'est là une des formes les plus importantes de la satisfaction internationale (1) — font partie aussi du droit *internationalement indispensable*. Telles sont les lois pénales contre les délits considérés proprement ou improprement comme des délits de la fonction (2), que ces délits soient commis à l'intérieur ou à l'extérieur (Code pénal, § 2, n° 1); les lois pénales contre l'usurpation de fonctions publiques, surtout toutes les prescriptions disciplinaires qui permettent à l'Etat responsable de réaliser l'expiation qui lui est demandée, en punissant les fonctionnaires compromettants (3), et, dans les cas les plus graves, en les privant de leur emploi ou en les destituant (4). Non moins importantes sont les règles juridiques qui permettent à l'Etat de déclarer non avenus les actes accomplis « contrairement au droit international » par ses organes en matière administrative, et, dans la mesure où c'est possible, en matière judiciaire, ou d'écarter les effets juridiques d'actes publics

(1) V. Hall, *Treatise*, p. 338. — Elle est naturellement impossible à l'égard du chef de l'Etat quand il est soustrait à toute contrainte étatique.

(2) Le statut anglais, 7 Anne, c. 12 et l'acte du Congrès américain du 30 avril 1790, c. 9, s. 26 (*Rev. Stat.*, s. 4064) prévoient des peines particulières contre les fonctionnaires publics qui traitent contrairement au droit international des personnes jouissant de l'exterritorialité. Pour les chefs de troupes qui envahissent arbitrairement un territoire étranger, les codes pénaux militaires du royaume de Saxe du 5 avril 1838 (§ 121) et du 11-13 août 1855 (§ 143) prévoyaient la *peine de mort* ; de même le code pénal militaire bavarois du 29 avril 1869 (art. 162) punissait de *mort* les commandants de troupes qui, ayant reçu officiellement la nouvelle de la paix ou de l'armistice, attaquent néanmoins l'ennemi. Le code pénal espagnol va très loin : dans son art. 149, il menace d'une peine tous les actes qui, constituant un abus de la fonction, « compromettent la dignité et les intérêts de la nation espagnole ».

(3) Rentrent aussi dans cet ordre d'idées les mesures disciplinaires que prend le président à l'égard des orateurs parlementaires quand « ils attaquent, dans leurs discours, la dignité... des chefs d'Etat et gouvernements amis ». Loi de Brunswick, du 30 mai 1871, § 59. Comp. règlement du *Landtag* du royaume de Saxe, du 12 octobre 1874, § 14.

(4) Il n'est pas sans importance de remarquer que certains fonctionnaires qui s'occupent spécialement des relations diplomatiques peuvent être immédiatement privés de leur fonction, sans procédure disciplinaire — ministres, ambassadeurs, consuls, etc... Comp. par exemple la loi sur les fonctionnaires d'Empire du 31 mars 1873, § 25 ; la loi prussienne du 21 juillet 1852, § 87, n° 2, etc.

en soi irrévocables et irréparables ; les institutions juridiques de l'annulation, de la grâce, de la dispense peuvent, dans des cas de cette sorte, être internationalement indispensables (1).

## III

De la responsabilité de l'Etat pour ses « organes », il faut rapprocher sa responsabilité à raison des actes des *communautés* douées d'une personnalité indépendante qui lui sont incorporées. Cette question est d'ailleurs en partie déjà solutionnée par ce que nous avons déjà expliqué.

Elle est solutionnée, d'abord, en ce sens que la communauté, abstraction faite de son but particulier, ne se manifeste que comme *sujet* de l'Etat, et ne diffère des autres sujets que par sa nature de personne juridique ; dans cette mesure la responsabilité de l'Etat à raison des actes de ces communautés ne diffère en rien, dans son fondement et ses limites, de la responsabilité déjà étudiée à raison des actes des individus — d'ailleurs l'acte de la communauté n'est jamais que l'acte d'un ou de plusieurs individus, qui constituent les organes de la communauté — ; et qu'il s'agisse ici d'actes d'associations libres ou de personnes morales publiques ou même peut-être d'Etats-membres d'un Etat fédéral, ce sont là questions complètement accessoires (2). Il va de soi seulement que, si l'Etat est obligé

(1) Comp. le cas ci-dessus mentionné (p. 347, n. 1), rapporté dans le *Preuss. Justizministerialblatt*, 1878, p. 137 sq. En outre, Mattersdorf, *Böhm's Zeitschr.*, II, p. 568 sq.

(2) Il est évidemment tout à fait indifférent pour cette question que l'humiliation infligée à un ambassadeur étranger accrédité près de l'Empire provienne d'une décision d'un club de chasse, ou d'une mesure prise par la ville de Berlin ou par une autorité du gouvernement prussien. Aussi, n'est-il pas sans importance à ce point de vue de remarquer que l'Etat interdit dans une large mesure aux communautés qui lui sont subordonnées d'entretenir directement des relations avec les gouvernements étrangers, que l'Etat fédéral enlève le plus souvent aux Etats-membres le droit d'envoyer des ambassadeurs ou des consuls (Constitution de l'Empire, art. 56), que les relations entre les Etats-membres et les gouvernements étrangers ou leurs représentants ont principalement lieu par l'intermédiaire des organes du gouvernement central (Constitution fédérale suisse, art. 10), etc... De cette façon, en effet, des devoirs de responsabilité de la catégorie de ceux que nous envisageons n'ont pas l'occasion de naître contre le gré de l'Etat.

de donner ici une satisfaction, la forme de celle-ci variera suivant le caractère de la communauté en question (1) ; d'un autre côté, elle *devra* (2) se distinguer de la réaction qui doit être faite dans les cas semblables contre les individus en tant que tels, ou bien elle *pourra* (3) se juxtaposer à celle-ci. En tout cas, tout le droit qui permet à l'Etat de réglementer une communauté est, par nature, un droit *internationalement indispensable*.

Seule nous intéresse ici la communauté qui constitue une corporation de droit public, semblable à l'Etat et titulaire d'un pouvoir de commander. Mais, même dans ce domaine, la responsabilité de l'Etat n'est pas complètement semblable à ce qu'elle était dans le cadre de nos précédentes explications. En une large mesure en effet, l'Etat moderne a enchassé l'association communale — je me limite à celle-ci et je fais provisoirement abstraction de l'Etat-membre de l'Etat composé — dans l'organisme de sa propre administration, de telle sorte qu'il l'a obligée à accomplir des *opérations étatiques* déterminées, comme, par exemple, lever les impôts d'Etat ou collaborer aux travaux du recrutement militaire. La corporation publique entre de cette façon dans l'*organisme fonctionnel* de l'Etat. La fonction étatique est occupée, si je puis ainsi dire, non pas par des fonctionnaires ou de simples particuliers, mais par une corporation de sujets en tant que telle ; l'association communale devient « dans son unité corporative » *organe de l'Etat* (4). D'où il résulte

(1) L'association libre peut être dissoute ; la commune ne le peut pas, etc...

(2) La communauté, en tant que telle, ne peut pas être punie ; cependant, le *président* d'une association peut, à la place de celle-ci, être puni ; mais il est impossible d'en user ainsi à l'égard du chef d'un Etat-membre dans un Etat fédéral ; l'Etat fédéral ne peut pas même punir les autres organes de l'Etat-membre, etc...

(3) Il peut se faire qu'en vertu de l'organisation particulière de son droit de surveillance, l'Etat non seulement punisse l'organe de la communauté, mais applique des mesures disciplinaires à la communauté et peut-être, dans certains cas, en prononce la dissolution.

(4) En ce sens notamment Rosin, *Annalen des deutschen Reichs*, 1883, p. 292 sq. — Malgré certaines réserves, je tiens les explications de Rosin sur la notion amphibologique d' « administration autonome » (« *Selbstverwaltung* ») et sur les formes différentes sans lesquelles la corporation de droit public apparaît dans l'administration, pour ce qu'on a dit de mieux sur ce sujet. Les nombreux problèmes qui se posent en cette matière ne peuvent guère naturellement qu'être effleurés ici ; à plus forte raison, ne peuvent-ils être solutionnés.

que la responsabilité internationale de l'Etat à raison des actes exécutés par la commune en tant qu'organe de l'Etat a le même fondement et la même étendue que celle de l'Etat à raison des actes de ses organes, bien que le devoir de responsabilité doive naturellement être rempli ici sous une forme particulière.

En outre, l'association communale nous apparaît dans une certaine mesure comme le sujet d'un pouvoir *propre*. Quand tel est le cas, elle agit en son nom propre, en vertu d'une autorité propre — que cette autorité soit originelle ou dérivée. Ses actes ne sont pas des actes de l'Etat ; ce sont *ses* propres actes. On ne conteste pas néanmoins que l'Etat soit responsable vis-à-vis de l'étranger même pour ces actes (1). Cette responsabilité s'exerce dans une double direction, et, par conséquent, repose sur un double fondement. *Ou bien*, les devoirs que remplit la commune en tant que corps administratif autonome sont des devoirs qui rentrent par définition dans le cercle des devoirs étatiques et dont l'Etat a été déchargé ; ce sont des « devoirs étatiques » en ce sens qu'ils pouvaient être en soi et pour soi exécutés par l'Etat lui-même, et ce n'est que pour des motifs de politique administrative qu'il les a abandonnés aux soins personnels de la commune, — qu'on pense surtout aux devoirs de police. Quand dans cette sphère la commune se livre à des agissements qui, s'ils étaient faits par l'Etat lui-même, seraient contraires au droit international, l'Etat est responsable vis-à-vis de l'Etat étranger lésé, parce qu'il s'agit d'actes qui, matériellement, sont des actes « étatiques ». Le préjudice que subit l'Etat étranger provient d'un acte, qui, *ailleurs*, dans un Etat centralisé, constituerait aussi, formellement, un acte étatique. Il est indubitable que l'Etat ne peut pas, en décentralisant son administration, se soustraire à la responsabilité d'actes qui sont matériellement des actes de l'administration étatique. Sa responsabilité ne peut pas dépendre du fait qu'un ambassadeur étranger qui a été emprisonné contrairement au droit

(1) En ce qui concerne spécialement les colonies autonomes, comp. Todd, *Parliamentary Government in the British Colonies*, 2e édit. Londres, 1894, p. 247. V. aussi l'acte anti-esclavagiste, art. 4 (acceptation expresse de la responsabilité pour les sociétés coloniales munies de lettre de protection). — L'histoire de la question de la pêche à Terre-Neuve a montré quels ennuis peuvent causer à la mère-patrie des gouvernements coloniaux autonomes. V. Geffcken, *Revue*, XXII, p. 220 ; Mérignhac, *Revue générale*, I, p. 309 ; Despagnet, *id.*, II, p. 197.

international, l'a été par un fonctionnaire de la police d'Etat, ou par le fonctionnaire d'une commune, à laquelle la police a été assignée, en tant qu'affaire communale (1). *Ou bien*, la sphère, dans laquelle la commune agit, comprend des affaires qui sont, par essence, *siennes*, par exemple, l'administration de son patrimoine, l'établissement des moyens financiers qui lui sont nécessaires pour remplir ses devoirs, d'une façon générale, la soumission de ses membres à des prestations en vue d'atteindre le but de l'association. Quand, dans cette sphère, la commune viole des intérêts internationalement protégés, l'Etat à laquelle elle appartient est responsable pour elle, même quand il n'a pas accepté cette responsabilité par une *Vereinbarung* spéciale, dans laquelle il garantirait de lui-même à l'étranger que l'association communale agirait de telle ou telle façon (2). La véritable raison est que l'Etat doit très généralement se résigner à ce que tous les actes *publics* faits sur son territoire, et peu importe par qui, qu'ils rentrent dans la compétence du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, soient considérés par l'étranger comme s'il les avait lui-même accomplis. Ce qui lui est interdit par le droit international ne peut pas être fait par les corporations qui lui sont subordonnées. Si elle le fait, il doit en répondre.

Certes l'Etat cherche à éviter, sur les deux domaines que je viens d'indiquer — et par des règles particulières à chacun — que sa responsabilité ne soit engagée. Les actes dont le contenu correspond à ce désir, par exemple, l'interdiction législative

(1) Cet exemple est doublement instructif. On sait que dans beaucoup d'Etats la police locale ou du moins la police de la sûreté est considérée comme objet de l'administration de l'*Etat*, mais qu'elle est confiée à la commune (en tant qu'organe de l'Etat) ou à un organe déterminé de la commune, par exemple le maire. Ainsi une troisième possibilité se joint aux deux que nous avons expliquées au texte. Il doit être indifférent à l'étranger, que ce soit l'une ou l'autre de ces possibilités qui soit réalisée.

(2) V. les nombreux traités dans lesquels l'Etat promet aux consuls étrangers l'exemption des impôts communaux, aux étrangers l'exemption des services communaux, etc... ; comp. traité consulaire entre l'Empire Allemand et la Russie du 8 décembre-26 novembre 1874 (*R. G. Bl.*, 1875, p. 145), art. 2 ; v. aussi les traités dans lesquels l'Etat détermine le maximum des impôts sur la production ou la consommation que peuvent établir les communes et les corporations sur les objets étrangers, par exemple, le traité de commerce entre la Confédération de l'Allemagne du Nord et l'Empire allemand d'une part, et la Suisse de l'autre, du 13 mai 1869 (*B. G. Bl.*, p. 603), art. 7, et du 23 mai 1881 (*R. G. Bl.*, p. 155), art. 8.

de soumettre les personnes jouissant de l'exterritorialité aux impôts communaux ou d'exiger d'elles des services en nature (1), l'institution d'une surveillance générale et d'une « haute surveillance » (*Oberaufsicht*) spéciale, la réserve de l'autorisation étatique pour les décisions importantes de la communauté, la faculté d'agir lui-même à la place de la commune négligente, — toutes ces mesures et d'autres semblables tendent à ce but ou servent à l'atteindre. Mais quand ces moyens manquent ou sont originairement insuffisants, l'Etat doit édicter des règles particulières, pour pouvoir, le cas échéant, remplir son devoir de responsabilité, et ainsi les institutions du droit communal qui lui permettent d'annuler ou de suspendre les décisions de la corporation, de prendre des mesures à l'égard des organes communaux, et autres institutions semblables, deviennent du droit *internationalement indispensable*.

## IV

Il nous reste à rechercher si et dans quelle mesure l'*Etat fédéral* doit répondre vis-à-vis de l'étranger des agissements de ses *Etats-membres* et de quelle manière il s'est constitutionnellement arrangé pour remplir les devoirs qui naissent de cette responsabilité (2).

Une responsabilité de l'Etat composé pour l'Etat-membre peut — cela va de soi, — naître à la suite d'une *Vereinbarung* internationale spéciale. Il est extrêmement fréquent que l'Etat fédéral ou bien garantit expressément aux Etats étrangers que les Etats-membres accompliront ou s'abstiendront d'accomplir certains actes déterminés (3), ou bien leur promet simplement que tel

(1) V. par exemple, la loi sur les recettes des communes prussiennes du 14 juillet 1893, § 24, b ; § 40, n° 2 et al. 2 ; § 68, al. 6 ; v. déjà le règlement prussien du 26 janvier 1815, sur l'institution de l'indemnité de logement dans la ville capitale et résidence Berlin, art. IV, n° 3 (exemption de l'impôt sur les loyers).

(2) Il serait très désirable qu'on étudiât d'une façon détaillée toutes les questions de droit international et celles qui s'y rattachent, auxquelles donne lieu l'organisation particulière de l'Etat fédéral. Le Fur, *Etat fédéral et Confédération d'Etats*, Paris, 1896, p. 739-819, not. p. 763 sq. (« L'Etat fédéral et les Confédérations d'Etats envisagés au point de vue du droit international public »), n'est pas loin d'avoir épuisé le sujet. Si je ne me trompe, j'ai indiqué dans les discussions des p. 166 sq., 241 sq., 286, 356 sq., et §§ 15 et 16 du moins la direction dans laquelle devraient se diriger les recherches.

(3) Ainsi, par exemple, la Confédération suisse, dans le traité de com-

acte sera fait ou ne sera pas fait, par exemple, que les délinquants seront extradés, punis, non punis, que les étrangers ne seront pas soumis aux fonctions publiques (1). A supposer que ces *Vereinbarungen* soient valables, même si elles supposent un empiètement sur la sphère des Etats-membres — nous n'avons pas à revenir là-dessus (2) —, il ne peut pas y avoir de doute que l'Etat composé doit répondre de tout ce qui leur est contraire, sans qu'il soit besoin d'examiner quel est, d'après la répartition constitutionnelle des compétences entre l'Etat fédéral et l'Etat particulier, le principal coupable des deux (3).

merce avec la Confédération de l'Allemagne du Nord du 13 mai 1869 (*B. G. Bl.*, p. 603), art. 8, s'oblige, en ce qui concerne les impôts cantonaux sur les boissons, « à ce que ces impôts ne soient ni introduits sur les boissons allemandes, ni, quand ils existent, élevés à un taux supérieur à leur taux actuel ». De même, traité de commerce du 23 mai 1881 (*B. G. Bl.*, p. 155), art. 9. — Comp. en outre les nombreux traités consulaires de l'Empire qui garantissent aux consuls étrangers ou simplement aux étrangers l'exemption des impôts ou des prestations personnelles levées ou exigées par les Etats particuliers ; par exemple, traité consulaire avec les Etats-Unis, du 11 décembre 1871 (*R. G. Bl.*, 1872, p. 95), art. 3 ; avec la Russie, du 8 décembre-26 novembre 1874 (*R. G. Bl.*, 1875, p. 165), art. 2, etc...

(1) V. les traités cités par Hänel, *Staatsrecht*, I. p. 542, n. 11.

(2) V. ci-dessus, p. 241 sq. — Pour les Etats-Unis comme pour la Confédération suisse, il ne peut pas naître ici de difficulté. Pour les premiers, l'opinion dominante est que l'Union peut conclure des traités même sur les objets qui rentrent exclusivement dans la compétence législative des Etats-membres (comp. Rüttimann, *Nordamerikan. Bundesstaatsrecht*, I, Zurich, 1867. p. 300 ; Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 539) ; en Suisse, une doctrine unanime et une pratique constante depuis des siècles reconnaissent la même chose. Comp. Dubs, *Oeff. Recht der Schweiz. Eidgenossenschaft*, II, p. 196 sq. ; Blumer-Morel, I, 3e édit., p. 239 sq. (avec de riches références) ; Orelli, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Fribourg, 1885, p. 85 sq. La seule condition est que le traité « ne soit pas en contradiction avec les dispositions fondamentales de la Constitution fédérale ». Dans l'Empire Allemand, la compétence du traiter est la même que celle de légiférer et d'exécuter. Comp. Laband, I, 3e édit., p. 637, et les auteurs cités n. 1.

(3) Quand, par exemple, l'Empire Allemand abandonne complètement aux Etats-membres la décision sur les demandes d'extradition, même basées sur des traités de l'Empire, la partie contractante étrangère qui se plaint que l'extradition est différée ou n'est pas exécutée adresse sa réclamation à l'*Empire*. Comp. v. Kries, *Lehrbuch des deutsch. Strafprozessrechts*, Fribourg, 1892, p. 182, n. 2 ; Reitz, *Annalen des deutschen Reichs*, 1875, p. 402 sq. Et si, contrairement à un traité de ce genre, le principe de spécialité est violé par les autorités d'un Etat particulier, c'est avec raison que l'Etat étranger réclame à l'*Empire*. Comp. le cas cité ci-dessus, p. 347, n. 1. — Les Etats-Unis devaient indubitablement être responsables vis-à-vis de la Chine, quand, en 1880, le gouvernement californien prit

Plus importante est la question de savoir si l'Etat fédéral doit, sans convention particulière, encourir dans une si large mesure la responsabilité internationale à raison des agissements de ses membres.

Dès que l'Etat fédéral, reconnu comme membre de la société des Etats, est entré dans les relations internationales, tous les devoirs qui incombent à tout *Etat en tant que tel*, d'après le droit « généralement » reconnu dans la société plus ou moins large dont il fait partie, s'imposent aussi à lui, en vertu du principe ci-dessus étudié relatif à l'extension des règles du droit international aux Etats nouveaux. S'il veut valoir et s'affirmer comme Etat, il ne peut pas se soustraire à ces devoirs. Cela ne signifie nullement — il n'y a aucun doute sur ce point — qu'il doit satisfaire à ces devoirs par ses *propres* moyens et avec ses *propres* organes, qu'il ne peut pas utiliser ses Etats-membres sous ce rapport. Inversement, il est certain qu'il ne peut pas s'affranchir de ses devoirs ou fonctions à l'aide de dispositions constitutionnelles qui tendraient à ce but. Il n'y a aucune différence ici avec ce qui se passe dans les rapports entre l'Etat et la corporation communale. Ici aussi, c'est une *res interna*, que l'Etat accomplisse lui-même ou fasse accomplir par ses sujets ce que l'étranger est en droit d'attendre de *lui*. Et par suite, toute action ou abstention contraire au droit international et dont l'Etat-membre se rend coupable constitue sous ce rapport un délit international de l'Etat fédéral ; il en est responsable exactement comme si le délit avait été commis par ses organes. Le devoir de protéger les ambassadeurs accrédités près de lui et les étrangers qui séjournent sur le territoire fédéral, le devoir de punir les atteintes faites aux biens juridiques des Etats étrangers, le devoir d'observer la neutralité dans les guerres entre Etats tiers, tout cela est *son* devoir ; il est responsable quand les Etats-membres manquent à ce devoir (1).

des mesures qui mettaient en question la liberté d'immigration des Chinois, que l'Union avait autrefois admise par traité.

(1) Comp. Langhard, *Recht der politischen Fremdenausweisung*, Leipzig, 1891, p. 31 ; Le Fur, *op. cit.*, p. 792 sq. ; Phillimore, I, p. 194 ; *Journal*, XVIII, p. 1156 sq. ; Despagnet, *Cours de droit international public*, Paris, 1894, p. 55 ; *Revue générale*, II, p. 190, 195. Dans l'affaire entre l'Italie et les Etats-Unis que discutent ces auteurs, la plupart avec beaucoup de détails, les Etats-Unis étaient sans aucun doute responsables, parce que les autorités de la Louisiane avaient de la manière la plus légère laissé lyncher de nombreux Italiens qui se trouvaient dans les prisons de l'Etat,

De ce qu'il se sait responsable, il résulte que l'Etat fédéral s'est efforcé de parer au danger par une réglementation constitutionnelle des compétences : dans le partage des *compétences législative et exécutive* il a enlevé dès le début à l'Etat-membre la possibilité de tenir une conduite contraire au droit international, dont lui, Etat fédéral, aurait à rendre compte. Il essaie d'*abord*, en réglementant dans la loi constitutionnelle les questions qui ont une importance internationale, ou bien en s'attribuant le pouvoir, peut-être même le pouvoir exclusif d'établir dans l'avenir certaines règles légales, d'échapper à la responsabilité qui pourrait naître pour lui de ce que les Etats-membres auraient adopté un droit interne contraire au droit international, ou n'auraient pas adopté un droit interne ordonné par le droit international. Rentrent dans cet ordre d'idées les dispositions constitutionnelles générales qui donnent à l'Etat fédéral compétence pour légiférer en matière de droit pénal matériel, d'administration judiciaire (1), de douane, de commerce (2), d'armée (3), ainsi que les dispositions de compé-

et refusaient en outre de poursuivre les coupables. Baldwin, *Revue du droit public*, IV, p. 437 sq., traite cette question d'une manière très modérée. — Dans l'affaire de l'Américain Louis Stern, le secrétaire d'Etat des affaires étrangères d'Allemagne, Freiherr, v. Marshall, refusa « *a limine* » de discuter sur l'administration de la justice dans un Etat particulier allemand à la suite d'une réclamation diplomatique. Comp. l'échange de notes dans le *Deutscher Reichsanzeiger*, n. 125, du 23 mai 1896. Il avait sans doute raison dans l'espèce, la réclamation ne reposant absolument sur aucune base ; mais le refus de principe n'était certainement pas justifié. Dans d'autres affaires, le gouvernement de l'Empire s'est placé à un autre point de vue (comp. note du secrétaire d'Etat v. Bulow à l'ambassadeur d'Espagne à Berlin du 25 mars 1875, dans Calvo, I, p. 255, et le cas cité ci-dessus, p. 247, n. 1), et quand en 1884 il présenta un projet de loi pour exempter les Etats et souverains étrangers de la juridiction des tribunaux internes, il démontra la nécessité de son acte en disant que des difficultés internationales étaient nées et pouvaient encore naître pour lui de décisions rendues contrairement au droit international par les tribunaux d'Etat allemands. Comp. les motifs du projet de loi pour compléter la loi d'organisation judiciaire, *Drucks. d. Reichstags, 6. Leg.-Pes., I. Sess.*, 1884-85, II, n° 114, p. 4 ; v. aussi le rapport de la commission, *id.*, V, n. 379, p. 5 et les explications du commissaire du gouvernement dans la 44ᵉ session du *Reichstag* du 7 février 1885, *Stenograph. Bericht der ged. Session*, II, p. 1143.

(1) Constitution de l'Empire, art. 4, n° 13.

(2) Constitution de l'Empire, art. 4, n° 2 ; Constitution fédérale suisse, art. 28. D'après la Constitution des Etats-Unis, aucun Etat particulier ne peut, sans l'assentiment du Congrès, lever des droits de tonnage ni établir des taxes d'importation ou d'exportation ; quand on admet une exception à cette règle, les lois qui en sont l'objet sont soumises au contrôle du Congrès (art. 1ᵉʳ, sect. 10).

(3) Constitution d'Empire, art. 4, n° 14 : art. 61, etc... ; Constitution

tence ayant un caractère spécialement international, comme les dispositions de l'art. 54 de la Constitution de l'Empire Allemand, qui déterminent la nature et le maximum des droits de navigation levés par les Etats particuliers, et qui réservent à l'Empire seul le droit d'établir sur les navires étrangers ou leurs chargements des taxes autres ou plus élevées que celles qui frappent les navires des Etats particuliers ; — ainsi encore la clause de la Constitution de l'Union américaine, qui déclare l'Union compétente pour établir une législation pénale à l'égard de la piraterie, des autres délits commis en haute mer, et des « délits contre le droit international » (1). L'Etat fédéral vise le même but, quand, dans les matières où il faut particulièrement tenir compte des intérêts étrangers, il s'attribue, peut-être même contrairement au principe qui forme la base du partage des compétences, une compétence qui exclut celle des Etats ou qui concourt avec elle (2), pour *exécuter*, en comprenant toujours dans ce mot l'exécution par les tribunaux. De là, entre autres, le fait que les Etats fédéraux ont seuls la juridiction consulaire ; de là, les dispositions du droit nord-américain, d'après lesquelles les tribunaux de l'Union ont seuls

fédérale suisse, art. 20 ; Constitution des Etats-Unis, art. 1er, sect. 8, al. 14, 16 ; comp. al. 11.

(1) Art. 1er, sect. 8, al. 10. — Sur le fondement de cette disposition de compétence, v. les explications exactes de Madison dans le *Federalist*, n° 42 (édition de Philadelphie, 1877, p. 330 sq.) ; Story, *op. cit.*, II, p. 90 ; Beach-Lawrence, sur Wharton, *Criminal law*, 9e édit., II, Philadelphie, 1885, p. 654. — On est d'accord pour reconnaître que la compétence législative de l'Union est ici exclusive. — Comp. *id.*, p. 90, et n. 3.

(2) Il faut citer aussi l'important art. 70 de la Constitution fédérale suisse, qui accorde à la Confédération, indépendamment du droit d'expulsion qui appartient aux cantons en vertu de leur pouvoir de police, le droit « d'expulser du territoire suisse les étrangers qui menacent la sûreté externe ou interne de la Confédération ». Je place cette disposition ici, parce que l'expulsion peut très bien constituer l'exécution d'un devoir international (v. ci-dessus, p. 331, 343). Sur l'histoire de cet article, v. Orelli, *Staatsrecht des Schweiz. Eidgenossenschaft*, Fribourg, 1885, p. 86 ; Blumer-Morel, I, 3e édit., p. 109 sq. ; II, 1, 2e édit., p. 240 sq. ; Langhard, *Fremdenausweisung*, p. 20 sq., not. 25 sq., et l'ouvrage anonyme : *Gastfreundschaft und Hausrecht der Schweiz*, Zurich, 1889, p. 27 sq. V. aussi Affolter, *Archiv f. öff. Recht*, VI, p. 386, n. 10. Cette prescription est complétée par la loi fédérale sur le ministère public fédéral, du 28 juin 1889, not. art. 3, § 2, qui fait du procureur général un organe fédéral, et, entre autres, le fait participer à la surveillance de la police des étrangers. V. sur ce point, Langhard, *op. cit.*, p. 40 sq.

compétence pour juger les procès intentés contre les ambassadeurs étrangers, leur personnel, leurs domestiques, dans la mesure où ils sont soumis au droit de juridiction, et contre les consuls ; de là, les règles d'après lesquelles l'Union exerce presque exclusivement la juridiction en matière maritime et en matière d'amirauté (1) ; de là, cette prescription du droit suisse en vertu de laquelle le tribunal fédéral suisse connaît seul des « délits contre le droit international » et des réclamations pour violation des traités internationaux (2). De là encore le fait que toutes les mesures de contrainte et de rétorsion sont réservées à l'Etat central, même dans les matières où par ailleurs le pouvoir exécutif est resté intact entre les mains des Etats-membres (3). *Ou bien* l'Etat fédéral enlève aux Etats-membres la possibilité de décider *définitivement*, et en particulier par la voie juridictionnelle, en permettant d'en appeler des autorités des Etats subordonnés à ses propres autorités, soit d'une façon générale, soit dans les matières qui sont spécialement importantes au point de vue du droit international. C'est ainsi que l'Empire Allemand permet de réclamer contre les décisions des autorités maritimes devant le *Oberseeamt* (4), que

(1) V. de suite ci-dessous, p. 362, n. 3.

(2) Constitution fédérale, art. 112, n° 2 ; 113, n° 3. — Dans les territoires de l'Amérique du Nord, dans le district de Colombie, en Alsace-Lorraine et dans les protectorats allemands, le service de la police et l'administration sont exclusivement choses fédérales ; mais ces particularités ne rentrent pas dans l'ordre d'idées que nous examinons ici. Dans ces pays, l'Etat fédéral apparaît comme un Etat unitaire.

(3) Constitution des Etats-Unis, art. 1er, sect. 10 (lettres de marque et de représailles) ; Constitution fédérale suisse, art. 85, n° 6 ; 102, nos 8, 9 ; Constitution de l'Empire Allemand de 1849, § 6 (le pouvoir d'Empire « ordonne toutes les mesures de droit international »; comp. aussi § 75 et Constitution d'Union d'Erfurt, §§ 6, 71). En ce qui concerne l'Empire Allemand actuel, il est exact d'admettre, avec Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 543, et aussi avec v. Seydel, *Commentar*, 2e édit., p. 166, que le droit de rétorsion et de représailles est partagé entre l'Empire et les Etats particuliers, abstraction faite des dispositions spéciales, conformément au partage des matières sur lesquelles il est exercé. V. aussi Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, p. 222, n° 8. En sens contraire, v. Roenne, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 2e édit., II, 2, p. 304 sq. ; v. Mohl, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, p. 309 sq. — Pour les lois d'Empire sur la rétorsion, v. ci-dessus, p. 350, n. 3 et 4. Niemeyer, *Vorschläge und Materialen zur Kodifikation des internat. Privatrechts*, Leipzig, 1895, p. 40 sq., indique, en le regrettant, que le pouvoir d'Empire n'exerce actuellement aucune influence en ce qui concerne la rétorsion en matière de droit civil.

(4) Loi d'Empire concernant l'instruction sur les accidents maritimes, du

le tribunal de commerce supérieur de l'Empire exerçait une compétence définitive en certaines affaires de sauvetage (1); mais surtout il faut citer ici les dispositions du droit fédéral nord-américain d'après lesquelles peuvent parvenir à la Cour suprême fédérale, *au moins* par la voie de l'appel, les affaires dont la décision repose sur l'interprétation exacte d'un traité de l'Union (*cases arising under treaties*), les affaires *affecting ambassadors, other public ministers and consuls* (2), et toutes les difficultés entre les citoyens d'un Etat et les Etats étrangers ou leurs sujets, entre un membre de l'Union et un Etat étranger, enfin entre un Etat-membre demandeur et des étrangers défendeurs (3). Quand il sera impossible pour des motifs de politique constitutionnelle d'instituer de cette sorte une réglementation particulière des compétences, l'Etat fédéral essaiera au moins d'atteindre le but qu'il désire à l'aide d'*ordres* et d'*interdictions*; il interdira, par exemple, aux Etats-membres d'exercer une juridiction sur les ambassadeurs accrédités près du gouvernement fédéral, et de les contraindre au paiement des impôts (4).

27 juillet 1877, § 27 sq. — Naturellement, cette disposition de compétence n'a pas été uniquement fondée sur une considération du droit international.

(1) Règlement sur les échouages, du 17 mai 1874, § 44.

(2) V. ci-dessus, p. 348, n. 2.

(3) D'après la Constitution, le rôle des parties était ici aussi indifférent; mais v. le onzième amendement. Comp. la Constitution de l'Union, art. 3, sect. 2; *Judiciary act* du 24 septembre 1789; *Rev. Stat.*, p. 687, 711; *act* du 3 mars 1887, chap. 373, etc... Les motifs de ces dispositions et de celles qui sont indiquées p. 361, ont été clairement reconnus et exactement appréciés dans la littérature nord-américaine. V. surtout Hamilton, dans le *Federalist*, nos 22, 80 (édit. de Philadelphie, 1877, p. 192, 588 sq., 590 sq.); Kent (v. ci-dessus, p. 136, n. 7, I, p. 366; Story, *op. cit.*, II, p. 450, 461, 468, 472 sq.; Hare, *American constitutional law*, Boston, 1889, II, p. 1025 sq., et, parmi les juges, notamment, Chief Justice Jay, dans l'affaire Chisholm v. The State of Georgia, *Dallas' Report*, II, p. 419, 475; Story, dans l'affaire Martin v. Hunter, *Wheaton's Rep.*, I, p. 335. — On peut citer aussi dans cet ordre d'idées l'intéressante disposition en vertu de laquelle les tribunaux de l'Union peuvent, par un *writ of habeas corpus*, élargir des prisons d'Etats les personnes qui ont commis des délits sur l'ordre, etc... des gouvernements étrangers, par exemple en temps de guerre; *act* du 29 août 1842, ch. 257; *Rev. Stat.*, p. 753. Cette loi a été provoquée par les incidents diplomatiques fâcheux qu'a occasionnés le soulèvement canadien de 1837 (affaire Mc Leod). Comp. Thompson, dans la note In re Brossnahan, *Fed. Reporter*, XVIII, p. 79; Beach Lawrence, *Commentaire sur les Eléments de Wheaton*, III, Leipzig, 1873, p. 430 sq.; Halleck, *International law*, I, p. 476 sq.

(4) Comp. loi d'organisation judiciaire, § 18, al. 1, 19. — Il est complètement absurde de considérer ces dispositions, dans la mesure où elles

— ce qui doit trouver un complément nécessaire dans l'organisation d'un *contrôle* et, comme conséquence, dans la possibilité d'une *contrainte* tant dans le sens positif que dans le sens négatif. Certes, ces moyens peuvent échouer devant l'indépendance des tribunaux d'Etat, reconnue par l'Etat fédéral lui-même (1) ; entre outre, — et c'est plus important — ils ont été extrêmement négligés dans les Constitutions des Etats composés que nous examinons actuellement (2).

Mais la responsabilité de l'Etat fédéral pour l'Etat-membre peut être engagée pour un autre motif que celui dont nous avons parlé jusqu'à maintenant. Nous avons vu maintes fois que l'Etat-membre ne cesse pas, en entrant dans l'alliance fédérale, d'être support ( *Träger* ) de droits et de devoirs internationaux propres. Certes, il est délié des devoirs internationaux de nature *générale* ; ils sont, dès ce moment, devoirs de l'Etat fédéral, — nous avons déjà traité de ce point. Mais les obligations *particulières*, nées de *Vereinbarungen* ou de traités, que l'Etat-membre conserve de l'époque antérieure dans sa nouvelle situation, et celles qu'il contracte, après la fondation de la fédération, grâce à la capacité de traiter qui lui a été laissée, ainsi que les devoirs généraux qui découlent pour lui des relations internationales qui le concernent seul — qu'on songe aux rapports avec les ambassadeurs étrangers accrédités près de lui seul — rien de cela n'a été modifié. Car *ces* devoirs sont devoirs de l'Etat-membre, et non devoirs de l'Etat fédéral. On ne peut dire ni que l'Etat fédéral, en vertu de sa situation dominante, se substitue aux Etats particuliers dans les rap-

contiennent des normes pour les *Etats-membres*, comme ordonnées par le droit international. Elles veulent simplement *empêcher* que l'Etat fédéral soit rendu responsable des agissements de l'Etat-membre, qui lui seraient imputés. Cela deviendra ultérieurement plus clair, quand on parlera du *contenu* du droit interne internationalement ordonné.

(1) Comp. Laband, 3e édit., II, p. 360 ; Hänel, I, p. 319, 743 ; v. Kries, *op. cit.*, p. 161 ; Ullmann, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Munich, 1893, p. 87. V. l'importante disposition de l'art. 77 de la Constitution d'Empire, d'après lequel le *Bundesrath* doit accueillir les réclamations basées sur des dénis de justice et éventuellement « assurer » l'assistance juridique vis-à-vis du gouvernement fédéré qui a motivé la réclamation. V. sur ce point, Hänel, p. 736 sq. Cet auteur n'attribue le moyen de droit susmentionné qu'à « tout *Allemand* » (p. 738) : c'est beaucoup trop étroit. Ce serait précisément refuser à la disposition toute valeur internationale : il est vrai que cette valeur a été peu remarquée.

(2) V. sur ce point l'appendice I à la fin de ce paragraphe, p. 368 sq.

ports internationaux (1), ni qu'il devient quelque chose comme un débiteur corréal qui leur est adjoint ; aussi ne peut-il pas être question pour les Etats créanciers étrangers de rechercher *directement* l'Etat fédéral à raison de ces rapports. S'il est responsable de ce que les Etats-membres se conduisent contrairement au droit international, il ne peut pas y avoir là une responsabilité à raison de ce que *lui-même* se conduirait contrairement au droit international, mais seulement à raison de ce que d'autres se conduisent contrairement au droit international (2). Néanmoins, on ne peut pas douter de cette responsabilité. Puisqu'en effet les Etats-membres, sous la Constitution de l'Etat composé, ne sont plus sujets d'un « droit d'action » international, ni dans le sens actif, ni dans le sens passif (3) ; puisque l'Etat tiers dont ils n'écoutent pas les réclamations ne peut faire usage contre eux d'aucun moyen de contrainte ou de représailles, sans en même temps s'en prendre à l'Etat fédéral, puisque l'Etat tiers, s'il laissait hors de cause l'Etat fédéral, serait complètement privé de la possibilité, en face d'une négligence ou d'une violation du droit, d'obtenir ce qui lui est dû, la conséquence inévitable est que l'Etat fédéral, dont c'est précisément la Constitution qui empêche l'Etat créancier d'obtenir directement satisfaction, doit répondre vis-à-vis de celui-ci des violations de devoir commises par les Etats-membres (4). Certes une responsa-

(1) B. Schmidt soutient à tort cette proposition aux p. 58 sq. de son ouvrage cité p. 247, n. 1. D'où doit découler cette « succession universelle » ? De la théorie de Hänel, adoptée par Schmidt, sur le caractère étatique de l'Empire et de l'Etat-membre ? Le créateur de la théorie n'en tire pas cette conséquence. Si l'opinion de Schmidt était exacte, les traités par lesquels l'Empire se substitue aux Etats dans leurs anciens traités ne seraient qu'un vain jeu !

(2) Ainsi, il n'est pas autrement responsable que l'Etat protecteur à raison des actes l'Etat protégé. Hall, *Treatise*, p. 131 ; Heilborn, *Protektorat*, p. 35, 37, 64. Puisque les rapports entre ces deux Etats sont purement des rappors de droit international, l'accomplissement des devoirs qui naissent de la responsabilité, dans la mesure où il consiste en actes vis-à-vis de l'Etat protégé, n'est pas lié à l'existence d'un droit interne (internationalement indispensable) ; par suite, nous n'avons pas à en parler ici. Je fais abstraction aussi, pour des raisons maintes fois mentionnées, des rapports entre l'Etat suzerain et l'Etat vassal.

(3) Comp. Laband, I, p. 640 ; v. Sarwey, *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, II, Tübingen, 1883, p. 88 ; v. Kirchenheim, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Stuttgart, 1887, p. 632 ; Trieps, *Reich und Bundesstaaten*, p. 219 ; Hänel, I, p. 554 sq.

(4) V. Pomeroy, *Lectures*, p. 262 sq. En ce qui concerne spécialement

bilité de cette sorte se produira rarement, quand les *dispositions de compétence* de la Constitution fédérale enlèvent complètement aux Etats-membres la capacité d'agir en droit international en certaines matières, comme, par exemple en matière de relations diplomatiques (1), ou bien, comme c'est le cas aux Etats-Unis et en Suisse en ce qui concerne le droit de traiter, quand cette capacité est réduite à sa plus simple expression (2). Cette responsabilité sera évitée aussi, si les Etats-membres observent les *ordres* et *dispositions normatives* qui leur sont adressés à l'égard de leurs relations diplomatiques (3) par l'Etat fédéral conscient de sa responsabilité, ou bien si l'Etat fédéral réussit, en usant de ses *droits de contrôle* et de *contrainte*, à déterminer l'Etat-membre à agir conformément au droit international. La seule question qui se pose encore est celle de savoir si ces droits

les traités des Etats-membres allemands, Gaupp, *Civilprozessordnung*, II, 3e édit., p. 318, n. 10. — En sens contraire, me semble-t-il, en ce qui concerne la compétence exclusive des Etats-membres, v. Mohl, *Reichstaatsrecht*, p. 303.

(1) Il en est ainsi aussi bien aux Etats-Unis qu'en Suisse.

(2) Comp. Const. des Etats-Unis, art. 1er, sect. 10 (interdiction générale aux Etats-membres de se lier par « *treaty* », « *alliance* » ou « *confederation* », et d'émettre des lettres de crédit ; limitation à des *agreements* avec le consentement de l'Union) ; Constitution fédérale suisse, art. 9, 85 n° 5, 102 n° 7 (les cantons ne peuvent signer des traités que sur des « objets d'économie politique, de relations de voisinage et de police » sous le contrôle de la Confédération). V. aussi Constitution de l'Empire Allemand, de 1849, §§ 8 sq., 78, Constitution d'Union d'Erfurt, §§ 8, 74.

(3) Il en est ainsi quand l'Empire exempte de la juridiction d'un Etat-membre les ambassadeurs non-allemands accrédités près de cet Etat (loi d'organisation judiciaire, § 18, al. 2) ou oblige l'Etat-membre à punir l'offense faite à un agent diplomatique qui n'est accrédité que près de lui (code pénal, § 104). Des lois de cette sorte ne sont pas ordonnées par le droit international ; elles ne servent pas à l'exécution des devoirs internationaux du législateur, mais, pour les raisons mentionnées au texte, elles déterminent *d'autres* sujets du droit international à remplir *leurs* devoirs. Il est encore plus inexact de dire, que l'Etat fédéral est internationalement obligé d'accorder des privilèges même vis-à-vis de lui-même — Etat fédéral — aux ambassadeurs non allemands accrédités près des Etats-membres. Ainsi, Westerkamp, *Staatenbund und Bundesstaat*, Leipzig, 1892, p. 196 et remarque 6. D'après cela, la loi d'organisation judiciaire, § 18, al. 2, serait insuffisante au point de vue international, car elle soumet certainement ces ambassadeurs à la compétence en premier ressort de l'Empire. Inexact, Harburger, *Strafrechtl. Begriff Inland*, p. 186, n. 35. C'est, à mon avis, un simple acte de courtoisie de la part de l'Empire que d'exempter des prestations fiscales fédérales les ambassadeurs étrangers accrédités près des Etats-membres ; c'est ce qu'ont fait la loi confédérale du 25 juin 1868 (logement des troupes en temps de paix), § 4, n. 2 ; la loi d'Empire du 13 février 1875 (prestations

existent (1). S'ils n'existent pas ou s'ils échouent, la responsabilité est inévitable.

La *prestation* que doit fournir l'Etat fédéral revêt une forme différente suivant qu'il est rendu responsable à raison d'actes d'un Etat-membre dont il répond comme s'il en était l'auteur, ou bien suivant qu'il répond des violations par un Etat-membre de ses devoirs internationaux particuliers. Dans le premier cas, il a le devoir de contraindre l'Etat-membre à réparer ou à satisfaire. Mais, si nous faisons encore abstraction des prestations pécuniaires et des actes qui ont un caractère simplement cérémonial, il ressort de la structure propre de la constitution fédérale que très régulièrement, et même dans le premier cas, le gouvernement fédéral ne peut pas se passer, pour l'accomplissement de son devoir, de la collaboration du pouvoir étatique des Etats subordonnés. Une peine contre l'Etat-membre est impossible : l'exécution n'est pas une peine ; elle doit, comme nous l'avons vu, éviter que le devoir de responsabilité naisse, et non pas l'exécuter. Une réglementation des organes de l'Etat-membre est impossible, en tant qu'il s'agit du chef de l'Etat. Vis-à-vis des autres organes, l'Etat fédéral est incompétent pour les punir lui-même ou leur faire lui-même application de mesures disciplinaires. Il est ainsi conduit à demander au gouvernement de l'Etat-membre qu'il fasse usage de son pouvoir de punir ou de son pouvoir disciplinaire (2) ; dans la mesure où il peut

en nature en temps de paix), § 3, n. 2, § 5, al. 3 ; la loi d'Empire du 13 juin 1873 (prestations en temps de guerre), § 25, n. 2. Sur la question compliquée de savoir si les ambassadeurs étrangers doivent assurer leurs employés en Allemagne, v. Zahn, *Blätter für administr. Praxis*, XLV, p. 257 sq. et les auteurs cités. — Très fréquemment du reste l'Etat fédéral se contente de *rendre possible* à l'Etat-membre l'accomplissement de ses devoirs internationaux, par exemple, en déclarant qu'une loi d'Empire ne peut pas toucher aux traités passés par les Etats-membres avec l'étranger (v. ci-dessus, p. 245 n. 2) ou en autorisant à faire entrer en franchise les objets frappés de droits de douane, destinés aux ambassadeurs étrangers près des Etats-membres (traités d'Union douanière du 8 juillet 1867, art. 15, rapp. de l'art. 40 de la Constitut. d'Empire). Toutes ces mesures servent naturellement au même objet que les ordres ci-dessus mentionnés, mais elles permettent moins sûrement de réaliser l'intention. Les protocoles de la deuxième lecture de la loi d'introduction au code civil, art. 56 (v. ci-dessus, p. 245 n. 2) indiquent exactement les motifs qui déterminent le législateur d'Empire à édicter des dispositions de cette sorte.

(1) V. le deuxième appendice ci-dessous, p. 370.

(2) Comme la Confédération suisse, dans les fameuses affaires du capitaine

faire cette demande, il est naturellement aussi autorisé à *contraindre* l'Etat-membre à suivre son injonction. Mais comme cette « incitation » n'est qu'une émanation particulière du pouvoir de surveillance, elle n'est pas plus étendue que celle-ci, et nous savons quelles limites lui sont imposées (1). Il en est complètement de même en ce qui concerne l'annulation des actes d'Etat contraires au droit international et la suppression de leurs conséquences juridiques. Ici encore l'Etat fédéral, en mettant les choses au mieux, n'a que le pouvoir d'inciter l'*Etat-membre* à accorder une réparation ; ici encore, cela n'est possible que dans les limites de son pouvoir de surveillance supérieure. Ce n'est pas un trait propre à l'Etat fédéral que de se trouver désarmé devant la force juridique des jugements rendus par les tribunaux des Etats particuliers. Mais tandis que l'Etat unitaire, du moins dans beaucoup de cas, peut recourir à la suprême ressource qu'est la grâce, l'Etat fédéral doit encore une fois s'adresser à l'Etat-membre pour que la couronne fasse usage de son droit, et il dépend dans une large mesure de la magnanimité de celui-ci (2). Dans les cas d'extrême nécessité, il devra recourir à sa propre *législation* ; et même là, tantôt il ne pourra atteindre son but qu'au moyen d'une modification de la Constitution, tantôt il sera gêné par les droits réservés des Etats particuliers. Il ne possède guère ainsi du droit « internationalement indispensable » que ce qu'il y a de plus indispensable. Ce tableau

de police de Zurich Fischer (1888) et du fonctionnaire de district d'Argau Baumer, à Rheinfelden (1890). Comp. Langhard, *Fremdenausweisung*, p. 32 sq.

(1) V. les deux appendices, p. 368 sq. et 370 sq.

(2) Pas tout à fait cependant. S'il est exact que la grâce soit un moyen d'exécuter un devoir de responsabilité internationale, l'Etat fédéral pourra, *dans* la mesure où il peut forcer l'Etat-membre à réparer la violation du droit international dont se sont rendus coupables les organes, exiger aussi que la grâce soit accordée. Dans le cas ci-dessus mentionné de Stern (p. 358, n. 1), la prétention du gouvernement de l'Union de faire intervenir « une juste grâce » était certes aussi peu fondée que possible ; mais quand le secrétaire d'Etat des affaires étrangères refusait *en principe* « de négocier au sujet de l'exercice du droit de grâce par un prince fédéré à la suite d'une réclamation diplomatique », il allait *juridiquement* trop loin. Dans un autre cas, où d'ailleurs l'étranger avait raison (v. ci-dessus, p. 347, n. 1), le gouvernement prussien s'est incliné devant la requête du gouvernement de l'Empire, et il a réparé, au moyen de la grâce, l'injustice internationale causée par un tribunal prussien. Naturellement, la situation particulière de la couronne prussienne par rapport à la puissance impériale a facilité l'entente.

n'est certes pas satisfaisant. Je n'ai pas besoin d'en achever la peinture. Car le cas — pour continuer ma comparaison — où les figures d'un tableau commencent à parler et à agir est certainement assez rare. Je pense de plus, qu'elles ne resteraient pas toujours dans la situation qu'elles occupent sur le tableau.

### Appendice I.

Nous nous demandons dans quelle mesure les Etats fédéraux se sont donné dans leur Constitution le droit d'obliger les Etats-membres, en exerçant sur eux un *contrôle* ou une *contrainte*, à faire ou à ne pas faire des actes que l'Etat fédéral est tenu, de par le droit international, de faire ou de ne pas faire. Je me borne à de brèves indications. Je parlerai ultérieurement (appendice II) des devoirs internationaux éventuels *propres* aux Etats-membres.

C'est la Confédération suisse qui a satisfait le mieux aux exigences du droit international. La pratique confédérale a fermement établi que, quand il s'agit de devoirs internationaux généraux, ou incombant spécialement à la Confédération elle-même, le gouvernement fédéral peut surveiller les cantons et les contraindre aux agissements correspondants à ces devoirs, quand ces agissements rentrent dans la compétence exclusive des cantons. De là, par exemple, les nombreux cas dans lesquels la Confédération, même avant la loi d'extradition du 22 janvier 1892 (art. 2, al. 3), a obligé les cantons à poursuivre pénalement les délinquants qui n'étaient pas susceptibles d'extradition, quand elle ne possédait pas elle-même le pouvoir de poursuivre et que, vis-à-vis de l'étranger, elle était ou se sentait obligée de poursuivre. Comp. les pièces justificatives dans Blumer-Morel, II, 2, 2e édit., p. 551, n.** ; de plus, *Bundesblatt*, 1893, II, p. 78 ; *Böhm's Zeitschr.*, IV, p. 316 sq. ; *Entsch. d. Bundesgerichts*, *id.*, VII, p. 537 sq., not. p. 361, 366. V. aussi Ruffy, *L'extradition et les traités*, Lausanne, 1877, p. 42 ; *Böhm's Zeitschr.*, V, p. 347. La manière dont est organisé le *Bundesgericht* est aussi importante à ce point de vue.

Aux *Etats-Unis*, au contraire, en vertu de l'indépendance très particulière qu'accorde la Constitution à l'Etat fédéral et à l'Etat-membre dans les matières qui reviennent à chacun d'eux, il est complètement impossible au gouvernement central de contraindre l'Etat particulier à une action ou à une abstention, qui rentre exclusivement dans la compétence des Etats. Comp. entre autres, Hare, *op. cit.*, p. 23, 25 ; Bryce, *The american commonwealth*, 3e édit., New-York et Londres, 1895, I, p. 338 sq. On a vu, en Amérique même, quelles imperfections présente ce système au point de vue international. Comp. *Letter of the Attorney General* du 20 novembre 1821 (Phillimore, I, p. 195, n. s.). Certes, comme nous l'avons vu,

le partage des compétences qui a été réalisé par la Constitution évite les difficultés internationales dans une large mesure. Mais, au cas contraire, l'Union est réduite à des exhortations amicales et il dépend de la bonne volonté des Etats-membres que des complications diplomatiques lui soient épargnées. C'est ce qu'a montré d'une manière pratique la difficulté ci-dessus mentionnée avec l'Italie. L'Union ne pouvait pas obtenir que les autorités de la Louisiane punissent le lynchage d'un groupe d'Italiens à la Nouvelle-Orléans.

Dans l'*Empire Allemand*, la chose n'est pas très simple. D'après le texte de la Constitution, l'Empire possède sur les Etats-membres le droit de contrôle et le droit de contrainte correspondant, dans les matières seulement où il possède lui-même la *compétence législative*. Const. d'Empire, art. 4. Mais il faut remarquer —et c'est très important pour notre sujet — que ces droits existent même avant que l'Empire ait fait usage de sa compétence législative. Comp. not. Hänel, I, p. 305 sq. (Quand v. Seydel, *Commentar*, 2e édit., p. 60, *Blätter für administrat. Praxis*, XLV, p. 93, demande quel peut être le but de ce contrôle, sinon de donner à l'Empire des *informations* en vue d'une législation future, il perd de vue entre autres le point de vue international auquel nous nous plaçons ici. Il ne pouvait cependant pas être indifférent à l'Empire, avant les §§ 102 sq., du code pénal, que les Etats-membres punissent ou non les actes hostiles contre les Etats voisins !). Mais comme la compétence de l'Empire comprend à peu près toutes les sphères d'activité étatique dans lesquelles la situation internationale de l'Empire pourrait être compromise par les agissements des Etats-membres — tous les numéros du catalogue dressé dans l'art. 4 constituent une justification de cette proposition –, il n'y a guère d'importance pratique à rechercher si l'Empire possède un droit de contrôle sur l'administration d'Etat même dans les matières qui rentrent dans la compétence *exclusive* des Etats-membres. Je ne peux pas admettre l'opinion que tel est en effet le cas *dans une mesure limitée*. On aurait certainement tort d'attribuer ici à l'Empire un *simple* contrôle supérieur, comme le veut Zorn (*Staatsrecht*, 2e édit., I, p. 140) ; cette opinion ne trouve pas le moindre appui dans la Constitution. Mais si l'on réfléchit que l'Empire, au point de vue ci-dessus indiqué, est internationalement responsable des agissements des Etats-membres, que d'autre part c'est sans aucun doute le devoir des Etats-membres, « en vertu même de la Constitution fédérale », d'épargner à l'Empire des complications extérieures, susceptibles de conduire peut-être à une guerre, on doit alors reconnaître à l'Empire, en vertu de l'art. 19 de la Constitution, le droit de contraindre, au moyen de l'exécution, à l'accomplissement de ce devoir fédéral spécial. Mais s'il possède le moyen *extrême* par lequel s'exerce le « pouvoir de

contrôle », on ne peut pas lui refuser les moyens plus modérés. On doit donc soutenir que même dans les matières de la compétence exclusive des Etats, l'Empire possède le droit de contrôle, *dans la mesure* où la conduite des Etats-membres peut lui susciter des *devoirs de responsabilité internationale* (C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la remarque de Hänel, I, p. 304).

Encore une observation pour finir : on ne doit considérer ni comme internationalement ordonnées, ni même comme internationalement indispensables les règles juridiques qui accordent à l'Etat fédéral les droits de contrôle et de contrainte sur l'Etat-membre, car le devoir international ne consiste pas dans la *contrainte* ; le devoir de l'Etat fédéral, c'est *la chose* à laquelle il veut contraindre. Le plus souvent, la contrainte n'est pas nécessaire ; le fait qu'elle peut légalement être appliquée doit faciliter à l'Etat fédéral l'accomplissement de *son* devoir, et aider à éviter que naissent des devoirs de responsabilité pour inexécution de *ses* devoirs.

## Appendice II

Question : Les Etats fédéraux se sont-ils attribué compétence pour contrôler l'exécution par les Etats-membres des devoirs internationaux qui leur incombent *personnellement*, et pour leur imposer cette exécution ? Cela ne sert pas à grand'chose de soutenir que ce droit *doit* exister (Le Fur, *op. cit.*, p. 771, 774).

Pour les *Etats-Unis* et pour la *Suisse*, la question n'a pas d'intérêt pratique, parce que dans ces pays les Etats-membres ne peuvent être titulaires d'obligations internationales que dans une très faible mesure. En ce qui concerne l'*Empire Allemand*, il est certain d'abord que la conduite internationale des Etats-membres est soumise au contrôle de l'Empire, quand les Etats-membres se présentent comme sujets du droit international dans les matières qui d'après l'art. 4 dépendent de la compétence législative de l'Empire ; peu importe d'ailleurs, que l'Empire ait ou non fait usage de cette compétence (comp. § 104 du code pénal) ; de sorte que l'Empire peut contrôler et éventuellement imposer l'observation par les États-membres de leurs devoirs particuliers *contractuels*, par exemple des devoirs nés pour eux d'un traité de juridiction. En ce sens, Hänel, I, p. 305 au bas ; comp. aussi v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, I, p. 241. Pour le reste, on ne peut pas reconnaître à l'Empire un droit de surveillance *général* et *permanent* sur les relations extérieures des Etats-membres, en particulier, sur les questions d'ambassade (ce que fait Zorn, *Annalen des deutschen Reichs*, 1882, p. 95 ; *Staatsrecht*, 2e édit., II, p. 418 ; contre lui, avec raison, v. Seydel, *Bayer. Staatsrecht*, 2e édit., III, Fribourg et Leipzig, 1896, p. 733. Quand Zorn invoque Laband — *Annalen*, p. 95

— il commet une erreur). On ne peut pas admettre davantage que l'Empire *veut* rester sans moyen juridique pour échapper à la responsabilité qui le menace ; ainsi v. Holtzendorff, H. H., II, p. 45 ; d'autant moins que, comme on l'a montré au texte, il ne s'est préparé que dans une très faible mesure à remplir les devoirs qui naîtraient de sa responsabilité. Je pense donc que l'Empire, chaque fois qu'il est menacé d'un danger personnel par suite des agissements contraires au droit international d'un Etat-membre, c'est-à-dire quand un Etat étranger lui adresse une réclamation, est autorisé à demander des renseignements à l'Etat-membre, à ajourner les actes contestables de cet Etat, et, au cas extrême, à lui imposer une conduite conforme au droit international. En ce sens, Hänel, I, p. 555 ; Westerkamp, *op. cit.*, p. 196 sq. Ces auteurs remarquent avec raison que même la Confédération Germanique ne croyait pas pouvoir se passer de ces pouvoirs ; comp. acte final de Vienne de 1820, art. 36 sq.

Néanmoins, contrôle et contrainte ne sont pas un devoir international de l'Empire. La caution, s'il m'est permis de faire cette comparaison, n'est pas obligée de *contraindre* le débiteur principal à *prester*, mais elle doit répondre qu'il prestera. Par suite les règles juridiques sur le contrôle et la contrainte ne sont pas non plus ici du droit internationalement ordonné ou indispensable.

## V

Il est indispensable de consacrer quelques mots à une catégorie de règles juridiques, qui peuvent facilement être confondues avec le droit interne internationalement indispensable, parce qu'elles conduisent souvent au même résultat pratique ou à un résultat semblable. Ce sont des règles juridiques qui ont pour but, non point de *permettre*, mais de *faciliter* à l'Etat l'accomplissement de ses devoirs internationaux (1). Elles sont créées aussi en considération du droit interne ; mais si l'Etat les a édictées, ce

(1) Je ne pense naturellement qu'aux facilités juridiques et non aux facilités de fait ; je ne range donc pas ici les lois d'Etat, qui, au cas d'émeute, par exemple, imposent aux communes une certaine responsabilité à raison des dommages subis par les propriétés privées, comme la loi prussienne du 11 mars 1850 ou les art. 106, 107 de la loi française du 5 avril 1884 (ou d'anciennes lois anglaises, bavaroises, du Brunswick, etc... ; plusieurs sont citées dans Loening, *Die Haftung d. Staats*, etc..., Dorpat, 1879, p. 92, n. 2). Quand, dans des événements de cette sorte, des étrangers subissent des préjudices dont l'Etat doit être internationalement responsable, ces lois lui offrent naturellement une facilité au point de vue économique en ce sens qu'il peut renvoyer l'étranger devant la commune et rester lui-même indemne.

n'est pas parce qu'autrement son droit ne lui aurait pas permis d'adopter la conduite ordonnée par le droit international, c'est parce que sans elles son droit lui aurait rendu plus difficile d'adopter cette conduite. Ces règles aussi ont pour but d'écarter les obstacles qui s'opposent à l'exécution des devoirs internationaux ; mais ce ne sont pas des obstacles qui *devraient* empêcher une fois pour toutes l'exécution de ces devoirs : ce sont des obstacles qui *pourraient*, dans un cas particulier, empêcher cette exécution. Je donne immédiatement un exemple : le gouvernement se réserve le droit d'établir dans l'avenir par la voie du règlement, une règle juridique internationalement ordonnée parce que *peut-être* le Parlement refusera de consentir à une loi.

*L'accomplissement du devoir* doit être facilité. Par suite, je ne range pas ici les lois d'Etat qui ont pour but de garantir contre l'apparition de devoirs internationaux fâcheux. Ainsi, les ordres donnés aux organes de l'Etat de s'abstenir de conclure certains traités que le législateur considère comme devant nuire à la communauté (1) ou de ne les conclure qu'avec l'assentiment du Parlement (2), ou bien les lois qui autorisent le gouvernement à expulser des personnes dont le séjour sur le territoire pourrait lui susciter des embarras diplomatiques (3), l'interdiction de former des troupes armées sans l'autorisation de l'Etat, de s'approvisionner de moyens de combat (4), etc... Ne rentrent pas non plus dans cette catégorie les règles ci-dessus mentionnées qui protègent l'Etat contre l'apparition de devoirs de *responsabilité* désagréables. Certes, les normes du droit interne dont je veux parler ont *en même temps* pour but accessoire d'épargner une responsabilité à l'Etat, mais seulement une responsabilité qui pourrait naître à raison d'une violation *personnelle* de ses devoirs internationaux. Par suite, seules, parmi ces règles, devraient être envisagées ici, celles qui, par exemple, accordent à l'Etat des droits particuliers de con-

(1) Comp. ci-dessus, p. 261.

(2) V. Constitution du royaume de Saxe, § 2 (vente d'un territoire de l'Etat).

(3) L'expulsion sert en premier lieu à cet objet, bien qu'elle puisse constituer aussi l'exécution d'un devoir particulier de protection ou peut-être d'un devoir de responsabilité. V. ci-dessus, p. 341, n. 2 et p. 342.

(4) Code pénal, § 127 ; Constitution du Brunswick du 12 octobre 1832, § 9, al. 2, etc...

trôle sur les communes ou les Etats-membres, parce qu'il est responsable de leur conduite vis-à-vis de l'étranger, ou bien celles qui limitent la compétence des tribunaux en faveur de l'administration, parce que celle-ci paraît « plus sûre » au point de vue diplomatique. Je ne reviens naturellement pas sur tout cela.

C'est encore l'*Etat représentatif* qui nous donne matière à étude. L'Etat absolu n'a pas plus besoin de droit « facilitant » que de droit « internationalement indispensable ». Encore, pour les Etats constitutionnels, ce droit n'est-il pas *nécessaire*, comme on l'a vu : car les chaînes, auxquelles est soumis le gouvernement, ne sont pas nécessairement pour lui un fardeau. Mais elles *peuvent* l'être ; et alors elles sont assez lourdes. Si les limitations que doit supporter le gouvernement dans l'Etat représentatif s'appliquent aussi en matière de relations internationales, on condamne à l'impuissance précisément les organes de l'Etat qui, par suite de leur contact permanent avec les Etats du monde entier, possèdent plus que les autres la capacité et le tact dans le traitement des questions internationales. Et leur liberté est précisément limitée en faveur des éléments qui en général ne sont ni familiers avec les exigences du droit international et de la politique étrangère, ni ne sont disposés dans chaque cas à se laisser guider, dans les décisions qu'ils prendront, par des considérations tirées de la situation internationale de l'Etat. On dit, il est vrai, qu'une grande partie des progrès du droit international contemporain est due au développement du droit constitutionnel moderne. Je ne veux pas rechercher ce qu'il y a de vrai dans cette affirmation ; je ne veux pas non plus troubler la foi de ceux qui pensent que l'Etat représentatif a par nature horreur des violations du droit international, et que ce quelque chose d'admirable qu'est l' « opinion publique » et qui constitue le pouvoir de contrainte le plus précieux en droit international, a rendu par son organe principal, le Parlement, la vie internationale plus sûre et plus pacifique. En tout cas, on ne peut pas nier que les institutions constitutionnelles de la monarchie et de la démocratie représentatives, plus complexes que les Etats absolus, peuvent dans certains cas préparer au gouvernement de sérieuses difficultés dans l'accomplissement de ses devoirs internationaux (1).

(1) Sur le terrain politique, on sait que ce fait a pour conséquence, que plus les Etats sont gouvernés d'une façon « parlementaire », moins leur alliance

Ces observations s'appliquent d'abord au *législatif*, quand on veut le mettre au service des intérêts internationaux. Ou bien ce pouvoir est abandonné à plusieurs organes qui l'exercent en commun ; ou bien il appartient à un seul organe qui a besoin de l'assentiment d'un ou de plusieurs autres organes ; ou bien il est entre les mains d'un seul organe, mais qui consiste en une réunion de nombreux membres, dont la volonté apparaît à la suite d'un vote sur lequel on ne peut jamais compter d'avance. Certes, le fait qu'on reconnaît un devoir international de légiférer peut en beaucoup de cas accélérer l'accord de nombreuses volontés sur une loi ; cependant le contraire est toujours possible. Cette possibilité croît à mesure qu'augmente le nombre des volontés particulières exigées pour la formation de la loi et à mesure que la tension politique existant dans l'Etat devient plus violente. Cela se manifeste de la manière la plus aiguë, quand, comme dans de nombreuses Constitutions récentes de Républiques représentatives, on a enlevé, par l'institution du referendum, la décision définitive sur toutes les lois ou sur quelques-unes d'entre elles aux corps représentatifs et qu'on l'a confiée au vote des grandes masses électorales exposées à une agitation passionnée (1).

est désirée : on ne fait pas fond sur leur fidélité. On ne me supposera pas assez déraisonnable pour vouloir, par ces remarques, condamner tout le système en tant que tel. Mais mon sujet me contraint à mettre en lumière les côtés faibles.

(1) On n'a que rarement remarqué quels inconvénients présente l'institution du *referendum législatif* au point de vue international. V. cependant Dunant, *Die direckte Volksgesetzgebung in der Schweiz. Eidgenossenschaft* (thèse), Heidelberg, 1894, p. 52 ; Despagnet, *Revue générale*, II, p. 186. En ce qui concerne la Suisse, la seule question qu'on se pose en général est de savoir si, pour les traités internationaux, la décision par laquelle l'assemblée fédérale les ratifie doit être soumise au referendum — question qui, en pratique, a été complètement résolue par la négative. Comp. Orelli, *Staatsrecht*, p. 81 ; Hilty, *Archiv f. öff. Recht*, II, p. 372 sq. ; Affolter, *id.*, VI, p. 401 ; Dunant, *op. cit.*, p. 64. V. aussi v. Salis, *Schweizerisches Bundesrecht*, I, p. 438. Mais, en pratique, ce qu'il est beaucoup plus important de savoir, c'est si la loi qui est nécessaire pour pouvoir exécuter un traité conclu est soumise comme les autres lois au referendum. Ce point ne fait pas de doute, ainsi que cela résulte de l'histoire de la loi fédérale du 10 juillet 1887, mentionnée ci-dessus, p. 304, n. 1. — Il y a une cause particulière de conflits, quand le *Bundesrath*, s'appuyant sur l'art. 10 de la Constitution, conclut des traités avec l'étranger au nom des cantons. L'institution du referendum obligatoire peut soulever ici des difficultés considérables, moins il est vrai pour les cantons que pour la Confédération. Comp. Hilty, *op. cit.*, p. 374.

Ce que nous venons de dire n'est pas moins vrai en ce qui concerne l'activité, exigée par le droit international, de l'*exécutif*. L'Etat constitutionnel ne place pas seulement le pouvoir exécutif sous la subordination plus ou moins étroite de la loi — nous avons déjà traité ce point, — mais il fait dans une mesure considérable dépendre l'exercice de ce pouvoir de « l'approbation », du « consentement », de la « sanction » d'autres facteurs de la volonté de l'Etat, lesquels peuvent être des assemblées, participant aussi à l'œuvre législative ou y jouant le rôle prépondérant. Les mêmes difficultés, qui s'opposent à la réalisation de la loi internationalement ordonnée,peuvent s'opposer aussi à l'acte exécutif ordonné.

On doit être tenté de parer à ces difficultés à l'aide de *règles juridiques* spéciales. Le contenu de ces règles est donné par le but qu'elles poursuivent.

L'Etat constitutionnel veut-il se faciliter l'accomplissement d'un devoir futur de légiférer ? Il édicte des règles générales de compétence, par lesquelles il supprime pour ce cas spécial la nécessité d'une loi « constitutionnelle » et permet au chef de l'Etat ou aux autorités de procéder par la voie du *règlement*.Il va de soi que cela ne s'est jamais produit dans une si large mesure. Cela conduirait à supprimer la collaboration normale du parlement à la législation, si la limitation de compétence relative à la conclusion des traités ne formait un contrepoids (1). De plus,un si grand élargissement du droit de faire des règlements n'est pas nécessaire. De même en effet que le droit « internationalement indispensable » n'avait pas besoin de se préoccuper de l'accomplissement de tous les devoirs futurs concevables, parce que ces devoirs ne peuvent pas être imposés à l'Etat contre sa volonté,de même ici le gouvernement n'a *en général* aucun motif de faciliter l'exécution des *Vereinbarungen* ou des traités futurs : il n'a qu'à ne pas les conclure définitivement avant d'avoir obtenu de la représentation populaire la loi nécessaire ou l'autorisation

(1) Comp. Thudichum, *Verfassungsrecht des Norddeutschen Bundes*, Tübingen, 1870, p. 91. — On doit conclure de là que les clauses constitutionnelles qui attribuent à un organe de l'Etat le *droit de conclure des traités* ou plus généralement le droit de représenter l'Etat en droit international n'ont pas pour but de lui accorder l'autorisation générale de créer du droit conforme aux traités ou internationalement ordonné en se passant de la collaboration des facteurs législatifs, qui, par ailleurs, ont qualité pour collaborer avec lui. On sait que ceci est particulièrement important pour les Etats-Unis.

législative de procéder par la voie réglementaire (1). Le droit « facilitant » de cette sorte se réduit à deux cas.

D'abord, fait usage de ce droit l'Etat qui, jusque-là absolu, se donne une Constitution. Cet Etat peut s'exprimer alors comme la *Landschaftsordnung* d'Anhalt du 18 juillet-31 août 1859 : l'approbation du *Landtag* n'est pas nécessaire pour les lois qui constituent des « émanations de traités internationaux *déjà* existants », — c'est-à-dire existant au moment où la Constitution a été élaborée (§ 19).

En second lieu, ce droit se trouve de mise, quand un droit international peut, exceptionnellement, être imposé à un Etat par la « décision » d'une union, à laquelle il appartient. Ainsi le plus grand nombre des Etats qui faisaient partie de la *Confédération germanique* avaient autorisé une fois pour toutes leur gouvernement à créer par la voie réglementaire le droit interne ordonné par le droit confédéral. Cette autorisation avait été donnée dans la clause constitutionnelle stéréotypée d'après laquelle les décisions confédérales devaient avoir « force obligatoire » dans le pays en vertu de leur publication unilatérale par le chef de l'Etat (2). Cette règle, j'y insiste encore, n'était nullement du droit interne internationalement indispensable. Elle n'était pas *nécessaire* pour rendre *possible* le droit ordonné par le droit confédéral ; la sanction du *Landtag* aurait peut-être été obtenue dans chaque cas. Seulement le gouvernement assurait sa situation vis-à-vis de la Confédération ; il se facilitait l'accomplissement de ses futurs devoirs confédéraux, en

(1) Aussi ne rentrent pas dans cet ordre d'idées les lois qui donnent au gouvernement l'autorisation de conclure certains traités et lui reconnaissent par là implicitement le droit d'en assurer l'exécution à l'aide de règlements (v. les exemples ci-dessus, p. 123, n. 1). Encore moins rentrent dans cet ordre d'idées les lois qui, après la conclusion d'un traité ou en considération du droit international « général », au lieu de créer immédiatement le droit ordonné, abandonnent ce soin au règlement (v. ci-dessus, p. 302, n. 3, p. 304, n. 3). Ces lois se proposent de « faciliter » la création juridique, non pas pour des motifs de droit, mais pour des motifs de fait.

(2) Comp. la Constitution du royaume de Saxe, § 89 ; du Hanovre, § 2 ; du Württemberg, § 3 ; de Bade, § 2 ; du Grand-Duché de Hesse, art. 2 ; du Oldenburg, art. 2, § 2 ; du Brunswick, § 12 ; de Saxe-Altenburg, § 12 ; de Cobourg-Gotha, § 2 ; de Reuss G.-L., § 2 ; de Schwarzburg-Sondershausen, § 3. V. aussi la *Landschaftsordnung* d'Anhalt, citée au texte, § 19. — Ces dispositions facilitaient naturellement aussi la création du droit interne *indirectement ordonné* et par là l'exécution de nombreux actes du pouvoir exécutif exigés par la Confédération.

ce sens qu'il ne devait plus se préoccuper désormais de savoir si le cas échéant les Etats (*Stände*) se montreraient complaisants.

L'Etat enfin veut-il se faciliter l'accomplissement de devoirs futurs consistant en *actes exécutifs*? Il affranchit alors une fois pour toutes les organes de l'exécutif, en ce qui concerne les actes étatiques exigés par le droit international, des limitations qui s'imposent à eux en vertu de l'organisation régulière des compétences. Par exemple, il les dispense exceptionnellement, dans ces cas, de la nécessité d'obtenir préalablement l'approbation du Parlement. Cela n'est pas non plus internationalement indispensable. Qui peut dire d'avance si le Parlement accordera ou refusera plus tard son approbation? Il s'agit encore une fois d'écarter un danger *possible*, mais pas sûr, de complication internationale. On ne rencontre naturellement pas non plus ici de lois qui suppriment complètement le droit qu'a la représentation populaire de collaborer à l'action internationale, et ce, pour le même motif qui interdit un droit général d'agir par la voie du règlement. Mais les *rapports confédéraux* nous offrent de nouveau des exemples caractéristiques. C'était une « règle juridique pour faciliter », quand, par exemple, la Constitution du royaume de Saxe, § 89, disposait : « Dans l'exécution des décisions prises par le *Bundestag*, le gouvernement ne peut pas être gêné par le défaut d'approbation des Etats (*Stände*) »,ou quand certaines Constitutions allemandes du temps de la Confédération permettaient au gouvernement, même sans et contre la volonté des Etats, de prendre au moins les mesures financières et d'effectuer les levées de troupes, qui pouvaient être demandées par la Confédération, et qui, en elles-mêmes, auraient dépendu d'une autorisation du *Landtag* (1).

(1) Comp. Constitut. du Grand-Duché de Hesse, art. 77 ; nouvelle *Landschaftsorduung* de Brunswick, § 180 ; Constitut. du Oldenbourg. art. 187, § 2 ; Constitut. de Saxe-Meiningen, § 81 ; de Waldeck, § 85. Les Constitutions de Bade, § 63, de Reuss G. L., § 67 sont un peu plus strictes (pour l'exécution « rapide » des devoirs confédéraux). — A l'inverse, quand maintes Constitutions, à la règle que les décisions confédérales devaient devenir « droit interne » par la publication unilatérale des chefs de l'Etat, ajoutaient expressément que par là elles n'excluaient pas la collaboration des Etats (*Stände*) en ce qui concerne les moyens d'exécuter les obligations confédérales, dans la mesure où cette collaboration était prévue par la Constitution (par ex. Württemberg, § 3 ; Grand-Duché de Hesse, art. 2 ; Hanovre, § 2 ; Saxe-Altenbourg, § 12), l'idée n'était indubitablement pas que les Etats pouvaient, en refusant l'impôt, empêcher le gouvernement d'exécuter les devoirs confédéraux, mais seulement qu'ils devaient être

saisis de la question des moyens financiers. La Constitution du royaume de Saxe a parfaitement exprimé cela dans son § 89 (rédaction de la loi du 5 mai 1851) : « Les moyens évidemment nécessaires pour l'exécution de celles-ci (c'est-à-dire des décisions confédérales) *doivent* être créés ; *pour le reste*, la collaboration des Chambres en vertu du § 97 de l'acte constitutionnel n'est pas exclue. » Le § 97, dont il est question ici, impose aux Etats le devoir de pourvoir aux besoins de l'Etat en accordant les moyens de les couvrir, et il ne leur donne que le droit d'examiner la nécessité, l'opportunité et le chiffre des évaluations, de faire des *avertissements* et de décider sur la nature des moyens de couverture, etc... V. en outre Constitution du Brunswick, § 180, *in fine*. — Intéressantes aussi sont les dispositions, qui ne sont singulières qu'en apparence, des Constitutions du Hanovre, § 2, et de Saxe Altenbourg, § 11 : les *devoirs confédéraux* « ne *peuvent* pas être modifiés par la Constitution ou la législation internes du pays ». Ce texte n'avait évidemment pas pour but d'interdire à la Constitution de modifier les devoirs confédéraux — ce qui allait de soi —, il signifiait que la création de tout droit interne, susceptible d'entraver l'accomplissement des devoirs confédéraux, devait être rendue impossible ou difficile par une clause de la Constitution.

---

## § 14

## Le droit interne permis par le droit international.

Par l'expression générale de « droit interne permis par le droit international », on entend régulièrement en doctrine deux catégories, tout à fait différentes, de règles juridiques étatiques. Cela provient de ce qu'on emploie le mot « permis » (*erlaubt*), aussi bien dans son sens général, conforme à celui qu'il a dans le langage populaire, que dans sa signification juridique.

Dans le premier sens, est permis tout ce qui n'est pas juridiquement interdit. Par suite, serait permis par le droit international tout le droit interne dont l'élaboration ne serait interdite au législateur par aucune prescription du droit international. Or, comme l'acte non interdit, en tant que tel, est indifférent au point de vue juridique, tout le droit interne *internationalement irrelevant* serait, en ce sens, permis par le droit international, qu'il ait trait ou non à des rapports internationaux. Si l'on se rend compte de cela, l'expression peut passer. Malheureusement, il n'en est ainsi que très rarement. On reconnaît à l'Etat le « droit » d'organiser sa Constitution comme il l'entend, d'édicter des lois pour ouvrir ou fermer ses frontières aux personnes et aux choses, de réserver législativement le cabotage ou la pêche côtière à ses sujets, de déterminer le domaine d'application personnel et « territorial » de ses normes, etc... On doit s'élever là contre. Il ne peut jamais être question ici d'un « droit » (1).

Si l'on admet cette proposition, il en résulte que le domaine du droit interne permis, au sens étroit du mot, par le droit inter-

(1) On me dispensera de fournir des preuves. Elles se trouvent à la douzaine dans tout livre de droit international. Particulièrement caractéristique est l'énumération des lois, qui, dit-on, « *assert national rights* », dans le traité de Holland, p. 136 sq., cité p. 3, n. 3. Ce qu'on y considère comme du droit « permis » est, dans la grande majorité des cas, du droit internationalement indifférent.

national, c'est-à-dire des normes, dont la confection constitue l'exercice d'un véritable droit subjectif accordé par le droit international, se restreint dans une limite très étroite. Non point parce qu'on devrait assigner au droit subjectif, en tant que tel, en droit international, un rôle aussi modeste que celui qu'on a dernièrement essayé, sans bonne raison, de lui assigner ; non point parce que, comme on le dit, le droit international ignorant le « pouvoir autorisé » (« *Dürfen* »), ne connaît que le « pouvoir de fait » (« *können* »), non point parce que l'Etat pourrait bien recevoir d'un autre une « adhésion et un refus, mais non une autorisation et une interdiction » (1). Car si le droit international est véritablement un droit, s'il naît d'une volonté commune considérée comme « puissance constituée » au-dessus des différents Etats, cette volonté commune est capable aussi de concéder aux associés juridiques ce pouvoir de vouloir (*Willensmacht*), que nous entendons par droit subjectif. S'il n'y avait pas ici de droits subjectifs, il ne pourrait pas y avoir non plus de devoirs. Et si on fait sortir le devoir d'une loi internationale, un droit doit correspondre à ce devoir entre les mains d'un *Etat*, car, en dehors de l'Etat il n'existe pas de créancier — la « société internationale » n'est point une personne juridiquement capable (2). La raison pour laquelle il serait vain de vouloir élargir davantage le domaine du droit permis par le droit international réside en ceci que les droits que l'Etat doit au droit international sont, pour leur plus grande partie, des droits à un *acte étranger* ; ils ne sont des droits *d'agir soi-même* que dans une très étroite mesure. Et parmi ces derniers, ce n'est

(1) Jellinek, *System*, p. 300 sq. — D'après lui, la catégorie de la permission (*Erlauben*) « strictement comprise » n'existe pas en droit international (p. 301), et cependant les droits de défense personnelle (*Selbsthilferechte*) présentent au moins une « analogie avec un *Dürfen* » (p. 309). La raison de ce qu'il n'y aurait pas de *Erlauben* en droit international réside en ceci que permettre suppose une puissance qui pourrait interdire ; et celle-ci n'existe pas ici. Mais je ne comprends pas pourquoi un *Können*, s'il est *juridique*, ne doit *pas* supposer une telle puissance. Je dois malheureusement m'interdire une discussion plus approfondie : elle ne serait pas possible sans une discussion complète de la théorie des droits publics subjectifs de Jellinek. — Contre Jellinek, comp. Tezner, *Zeitsch. f. d. Privat und öffentl. Recht*, XXI, p. 224 sq. Les discussions critiques de Heilborn, *System*, p. 307 sq. ne creusent pas beaucoup plus le sujet.

(2) Beling, *Krit. Vierteljahrsschrift*, XXXVIII, p. 616 sq. veut déduire de l'existence de cette société internationale qui crée le droit, la possibilité de droits subjectifs des Etats.

encore que la petite fraction qui peut se concevoir comme un droit de créer du droit.

Tel est au moins le cas, quand on considère la législation, *en tant que telle*, comme l'exercice d'un droit appartenant à un Etat envers d'autres Etats. Car — de même que ci-dessus nous avons pu, à côté du droit interne ordonné par le droit international, au sens étroit du mot, démontrer l'existence d'un droit « indirectement ordonné », lequel constituait une catégorie aussi importante que le premier, — de même on rencontre ici une espèce de règles juridiques internes qu'on peut appeler « *indirectement permises* » (*mittelbar erlaubt*). Ce n'est point leur confection, mais leur application, qui forme le contenu de l'autorisation internationale. L'Etat a le droit, par exemple, de faire accomplir à ses organes des actes judiciaires ou d'autres actes publics dans un Etat étranger, de faire traverser à ses troupes un territoire étranger, de faire arrêter et visiter par ses croiseurs les navires des autres Etats. Mais que sa *loi* prescrive au contraire tout cela, qu'il possède, par exemple, un « *foreign jurisdiction act* » ou non, cela est indifférent à l'Etat débiteur. Ou bien ce sont des considérations d'ordre pratique, qui déterminent l'Etat à légiférer, dans la mesure où il estime préférable d'imposer à ses organes une fois pour toutes, par la voie législative, le devoir de suivre une ligne de conduite permise par le droit international, plutôt que de leur donner, dans chaque cas, des instructions ; ou bien, ce qui est plus important, il y est poussé parce qu'il tient compte du droit interne, lequel ne permettrait pas l'exercice d'une autorisation internationale sans une permission législative. Car il est certain qu'un acte interdit par le droit interne ne devient pas permis par ce droit parce qu'un Etat étranger est obligé de le supporter. Ainsi, je le répète : la loi, comme telle, n'est dans aucun de ces cas « permise ». S'abstenir de légiférer n'est point s'abstenir d'exercer un droit international. On pourrait conclure à une renonciation au droit, de ce que, dans certaines circonstances, il n'en est pas fait usage ; on ne pourrait jamais apercevoir cette renonciation dans le fait que l'Etat s'abstient de légiférer.

Par suite, le domaine du droit interne *directement* permis par le droit international se réduit aux règles juridiques, qui, — bien que l'autorisation internationale, considérée du point de vue du *débiteur*, ne consiste pas dans la création du droit,

en tant que telle, — constituent cependant l'exercice de cette autorisation, parce que, pour des raisons de droit interne encore, l'exercice du droit ne peut pas être assuré autrement que sous *forme de loi*. Si, par exemple, à la suite d'une conquête par la guerre ou après un traité de cession, l'Etat est autorisé à étendre sa puissance sur le territoire d'un pays étranger, cela ne pourra se produire, du moins dans les Etats dont le territoire est constitutionnellement limité, qu'à l'aide d'une incorporation *législative* (1). La législation est donc ici, en fait, permise par le droit international ; car ce n'est que *par* la loi que l'exercice ou que l'exercice *complet* du droit obtenu est réalisé (2). Et il en sera de même, partout où le droit de l'Etat consiste dans la création de droits ou de devoirs pour les individus ; car cette création *est* création d'un droit objectif. Je reconnais certes qu'*ici* la frontière entre le droit permis par le droit international et le droit internationalement irrelevant est souvent très difficile à tracer. Comme le sujet ne me paraît pas présenter une importance pratique, je ne veux pas m'y arrêter plus longtemps.

(1) V. par exemple, la Constitution prussienne, art. 2 : « Les frontières du territoire de cet Etat ne peuvent être changées que par une loi. » D'où par exemple, le conflit entre le gouvernement et la représentation populaire, que souleva le refus de présenter une loi d'incorporation à propos du Lauenburg. Dans son passage essentiel, la résolution de l'*Abgeordnetenhaus*, du 3 février 1866, s'exprimait en ces termes : « L'union du duché de Lauenburg à la couronne de Prusse sera juridiquement nulle, aussi longtemps que les deux Chambres du *Landtag* n'auront pas donné leur approbation, conformément à la Constitution ». Pour plus de précision, v. v. Roenne, *Staatsrecht der Preuss. Monarchie*, 5ᵉ édit., par Zorn, I, Leipzig, 1899, p. 71, n. 3 ; *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2ᵉ édit., I, Leipzig, 1876, p. 49, n. 1. La loi d'incorporation ne fut votée que le 23 juin 1876.

(2) Ainsi, par exemple, les lois prussiennes des 20 septembre et 24 décembre 1866 (annexion du Hanovre, du Hesse, de Nassau, de Francfort, du Schleswig-Holstein, ainsi que de parties des territoires bavarois et hessois), et de même les lois d'Empire des 9 juin 1871 et 15 décembre 1890 (Alsace-Lorraine et Helgoland) étaient du droit permis. Par contre, l'*introduction des lois* dans les territoires acquis est internationalement irrelevante. *Quid* de l'introduction des lois autrichiennes en Bosnie-Herzégovine ?

§ 15

## Les formes sous lesquelles apparait le droit interne conforme au droit international.

I

On a déjà indiqué dans une autre partie de ce livre, que la création de tout le droit étatique peut se produire sous quatre formes, extérieurement différentes l'une de l'autre : la source du droit manifeste sa volonté, que du droit naisse, en des termes qui déclarent expressément cette volonté ou par des actes d'où on peut inférer cette volonté ; d'autre part, dans l'un et l'autre cas, elle permet de reconnaître, de l'une ou l'autre manière, ce dont elle veut faire le contenu d'une règle juridique (1). De ces quatre formes sous laquelle peut apparaître le droit interne conforme au droit international, deux seulement méritent une étude particulière.

Il est très fréquent d'abord que l'Etat se contente de déclarer expressément sa volonté de créer du droit, mais, au lieu de formuler en détail le contenu des règles juridiques à créer, ne l'indique que par un *renvoi. Ou bien* il renvoie simplement au droit international général ou aux traités internationaux existants en général ; c'est-à-dire qu'il tire un blanc-seing, qui doit et peut être rempli par le droit international général ou particulier ; on a suffisamment parlé de cela à un autre endroit de ce livre (2). *Ou bien*, il renvoie à un traité déterminé, dont il joint le texte en entier ou en partie à sa loi, qu'il » publie », en même temps que la mise en demeure expresse aux autorités, aux sujets et à « tous ceux que cela concerne », de s'y conformer (3). Le contenu juridique doit être déduit du contenu du traité. Le législateur ne le formule pas. Même quand — ce qui

(1) V. ci-dessus, p. 89 sq.
(2) V. ci-dessus, p. 225 sq.
(3) V. l'énumération dans E. Meier, *op. cit.*, p. 330 sq.

est assez fréquent — les clauses des traités, non sans intention, sont déjà rédigées de telle sorte qu'elles correspondent plutôt à la forme d'un acte étatique qu'à celle d'une *Vereinbarung* interétatique, cependant la rédaction ne provient pas du législateur en tant que tel. Parfois, l'apparence trompe ; ce qui, dans le texte des traités, sonne comme un ordre et une autorisation de l'Etat n'est point considéré par l'Etat qui publie le traité comme un ordre ou une autorisation. Le législateur se taille là une besogne facile ; il en impose une difficile aux interprètes. Je préciserai ce point bientôt.

Mais on rencontre aussi fréquemment du droit interne conforme au droit international, dans lequel l'Etat n'a ni formulé la règle juridique, ni expressément déclaré la volonté juridique. Peut-être l'Etat déclare-t-il, *par* une loi, la volonté de faire une règle juridique d'une règle qui n'est pas expressément formulée dans la loi, il crée, par exemple, la « norme » ordonnée par le droit international en édictant une loi qui punit la violation de cette norme (1) ; il interdit les offenses contre les ambassadeurs, en punissant ces offenses. Mais surtout le « droit coutumier » tout entier rentre dans cette catégorie, et il joue ici un rôle extraordinairement important. Au spacieux droit coutumier international correspond ici un droit coutumier interne conforme au droit international et qui est aussi spacieux. Il est important en particulier de remarquer que les règles du droit international sur les limites de la puissance étatique trouvent leur équivalent dans le droit interne « non établi », presque toujours au point de vue de « l'espace », et en grande partie au point de vue des personnes. Aucun Etat n'estime nécessaire d'ajouter toujours aux ordres et autorisations qu'il donne à ses organes pour faire des actes publics, cet appendice que l'acte doit être fait sur son propre territoire (2), et presque tous les Etats considèrent comme superflu de soustraire expressément les Etats et chefs d'Etats étrangers (3), les navires

(1) V. à ce sujet, Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, p. 201.

(2) V. cependant loi judiciaire autrichienne du 1er août 1895, § 33.

(3) Cependant on discute beaucoup dans quelle mesure le droit international exige cette exemption, et aussi dans quelles limites cette exemption est accordée par le droit interne. Lorsque, en 1884, le gouvernement de l'Empire Allemand soumit au *Reichstag* un projet de loi, par laquelle cette exemption devait être expressément réglée, il soutint en même temps — et, me semble-t-il, avec raison, — que ce projet ne faisait que constater un

de guerre et les navires publics étrangers, à leur autorité judiciaire et fiscale, dans la mesure où cela est ordonné par des principes reconnus du droit international. Même à l'égard des agents diplomatiques, la loi est parfois muette, bien que la grande importance pratique de la question ait pu l'inciter, au moins à l'occasion des codifications étendues, à mentionner les règles qui vont de soi (1). L'histoire de l'affaire Schnaebelé démontre, même en ce qui concerne les institutions de la vie juridique internationale qui paraissent établies pour toujours par suite d'une pratique plusieurs fois séculaire, comment le développement du droit coutumier interne conforme au droit international ne peut absolument pas s'arrêter ; à mon avis, la conduite qu'a tenue à l'époque le gouvernement de l'Empire Allemand a donné une impulsion — probablement efficace — à la formation d'un droit coutumier d'Empire, qui, conformément au principe qui existait déjà au moins à l'état « latent » dans la pratique internationale, étend dans une *certaine mesure* l'exterritorialité des agents diplomatiques au fonctionnaire de la frontière, qui exerce ses fonctions sur un territoire voisin (2).

droit interne se trouvant déjà en vigueur et conforme au droit international incontesté. Cette affirmation fut souvent combattue dans le *Reichstag* et en dehors. Comp. les références données ci-dessus, p. 358, n. 1, *in fine* ; v. aussi v. Bar, dans la « *Nation* », II, p. 293 sq., et au *Journal*, XII, p. 645 sq. Je ne peux pas entrer ici dans cette discussion, d'où est sortie une très importante littérature.

(1) Il y avait, dans le projet du code civil français, art. 3, une disposition qui affranchissait les ambassadeurs des Etats étrangers de la juridiction des tribunaux civils et criminels français. Elle fut effacée, comme allant de soi, parce que « étrangère au droit civil, appartenant au droit des gens ». Comp. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, VII, Paris, 1836, p. 15.

(2) Stoerk surtout a insisté sur l'importance de l'affaire Schnäbelé pour le développement du droit international. Comp. son exposé : *Die staats- und völkerrechtlichen Verhältnisse des Rechtsfalles Schnäbelé*, Greifswald, 1887 (cet ouvrage, qui n'est pas dans le commerce, m'a été amicalement communiqué par l'auteur) ; v. en outre dans H. H., II, p. 663 sq., 669 sq., et dans le *Wörterbuch des Verwaltungsrechts* de Stengel, II, p. 6 sq. — Du point de vue accepté au texte, s'explique la contradiction que v. Kries (*Archiv f. öff. Recht*, V, p. 337) prétend exister dans la note du gouvernement d'Empire qui met fin à l'affaire, — contradiction qui n'est qu'apparente. Certes la mise en liberté fut décidée « eu égard à des motifs de droit international », mais « *on reconnut pleinement que la conduite des tribunaux et fonctionnaires allemands était justifiée* ». Ce n'était pas seulement là une manière chevaleresque par laquelle le supérieur couvrait l'inférieur ; c'était réellement justifié. La conduite des autorités allemandes avait été en fait

On doit mentionner ici la forme remarquable de publication des traités internationaux, qui est originairement apparue en Prusse, et qui est ensuite devenue courante dans la Confédération de l'Allemagne du Nord et dans l'Empire Allemand. On y imprime simplement le traité international dans la feuille officielle destinée à la publication des lois et règlements (1). On ne formule donc nullement les règles juridiques éventuelles conformes au traité ; on ne déclare même pas expressément qu'on veut faire une règle juridique. Cette volonté doit être déduite d'autres faits, — ce qui est très compliqué. Que la feuille officielle soit l'organe de publication, cela ne prouve pas grand'chose ; car on y publie aussi des accords internationaux dont la reproduction n'est indubitablement pas faite dans l'intention de créer des règles juridiques (2). Aussi, la conclusion nécessaire doit-elle être tirée de la conduite que tiennent les facteurs législatifs avant la publication, de la participation du Parlement, etc... Et sur ce point, la feuille officielle ne donne aucune indication (3) ; on ne trouve aucune signature du roi de Prusse, de l'Empereur, aucun contre-seing ministériel. Cette procédure de publication, presque unanimement condamnée par la doctrine (4), aggrave la difficulté de déterminer si l'Etat

irréprochable au point de vue du droit interne, parce que le principe du droit international n'avait pas encore été sanctionné par le droit interne. Malgré tout il fut possible cependant au gouvernement de fournir la réparation qu'ordonnait le droit international, sans violer le droit interne, grâce au stade de la procédure où se trouvait l'action contre Schnäbelé. V. ci-dessus, p. 308 sq.

(1) Heilborn, *Archiv f. öff. Recht*, XII, p. 142, propose pour les traités publiés sous cette forme le nom de lois-traités (*Vertragsgesetze*). L'expression ne me paraît pas heureuse.

(2) Par exemple, les actes du Congrès de Berlin (*R. G. Bl.*, 1878, p. 307). Comp. Laband, I, p. 634, n. 1. C'est pour cela que la justification de Kirchenheim, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Stuttgart, 1887, p. 430 sq. manque son but.

(3) En cette matière, la pratique autrichienne est un peu plus correcte. On publie aussi au moins l'acte de ratification, tandis que chez nous on ne publie que le texte du traité signé des plénipotentiaires. Du reste, on considère aussi en Autriche qu'une déclaration expresse de volonté, émanée de l'autorité législative ou réglementaire, est superflue. Comp. Ulrich, *Lehrbuch des österreich. Staatsrechts*, Berlin, 1883, p. 407 ; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 362, n. 32.

(4) V. notam. Laband, I, p. 602 sq., 633 sq., et les auteurs cités, p. 634, n. 2 ; v. Roenne, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 2e édit., II, 2, p. 363 ; G. Meyer, *Deutsches Staatsrecht*, 4e édit., p. 603 ; Gierke, *Zeitschrift f. d. Privat- und öff. Recht*, VI, p. 231 ; Zorn, *Zeitsch. f. d. gesam. Staatswissen-*

veut créer du droit interne ; elle n'aggrave pas moins la difficulté de reconnaître *ce que* l'Etat se propose de convertir en droit. Cette seconde difficulté existe aussi dans le système ci-dessus mentionné et par ailleurs inattaquable, d'après lequel le texte du traité est publié comme annexe à une loi particulière et à un règlement particulier. Certes, les deux formes sont commodes pour le législateur (1), et elles offrent peut-être cette garantie, qu'il n'ordonne rien de *contraire* au traité (2). Mais, si seulement on savait toujours *ce* qu'il veut ordonner (3) ! On peut sans difficulté reconnaître que la publication dans la feuille officielle allemande d'un traité de commerce passé entre l'Allemagne et l'Autriche ne transforme pas en droit allemand ce qui, d'après le texte du traité, doit devenir droit en Autriche. Mais cela ne nous avance pas beaucoup. *Tout* ce qui, d'après le

*schaft.*, XXXVI, p. 2, 36 ; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 362 ; Trieps, *Reich und Bundesstaaten*, p. 210 ; Seligmann, p. 94 sq.; v. Seydel, *Commentar*, 2e édit., p. 166. — En dehors de Kirchenheim (v. p. 386, n. 2), cette procédure, me semble-t-il, n'a trouvé de défenseur qu'en Kohler, *Recht d. Markenschutzes*, Würzburg, 1884, p. 461 sq., et en Stoerk, dans le *Wörterbuch des Verwaltungsrechts* de Stengel, II, p. 527 (Chez celui-ci cependant d'une façon tout à fait conséquente avec la conception générale que l'auteur se fait de l'essence du traité international). Quand Stoerk, à propos de la loi d'Empire du 14 novembre 1886 concernant la garantie du paiement des intérêts d'un emprunt égyptien (*R. G. Bl.*, p. 301) estime que, de la convention entre les grandes puissances du 18 mars 1885, qui est publiée en annexe, on peut déduire beaucoup plus facilement l'*ordre législatif*, que de la « formule nébuleuse d'approbation de la loi », je peux lui répliquer que, d'abord, je n'aperçois en somme rien d'un *ordre* législatif (je reviendrai bientôt davantage là-dessus), mais que, si cet ordre existait, il apparaîtrait tout à fait « nébuleux » précisément par suite de la simple reproduction du texte du traité. — D'un autre côté, v. Holtzendorff, dans H. H., I, p. 110, va beaucoup trop loin, quand il dit que l'application des « formes législatives » ne peut pas faire du traité autre chose que ce qu'il est originairement. — Sur d'autres inconvénients de la procédure pratiquée chez nous (incertitude sur le moment où commence et cesse la validité), v. ci-dessous, § 17.

(1) Laband, I, p. 60 ; Seligmann, p. 12.

(2) Seligmann, *loc. cit.*

(3) On ne peut d'ailleurs pas nier que même dans les cas où l'Empire, au lieu de reproduire le traité, a exceptionnellement édicté une loi particulière d'application, des obscurités se soient produites par suite de ce que le traité n'avait pas été joint. Ainsi, il est dit dans la loi de la Confédération de l'Allemagne du Nord du 11 juin 1868, concernant la garantie d'un emprunt de la commission européenne du Danube (*B. G. Bl.*, 1869, p. 33), que l'emprunt doit être amorti *en treize ans*. Quel est le *dies a quo* ? Le moment de l'émission ? Il résulte du traité du 30 avril 1868, art. 2 (mais que l'on doit vérifier dans M. N. R. G., XVIII, p. 153 !) que le point de départ est le 1er janvier 1871.

texte du traité,pourrait devenir en Allemagne droit étatique, le devient-il réellement ? *Dans quelle mesure* l'Etat veut-il transformer le traité en droit interne ?

Ce n'est point une réponse à notre question, que de dire que, de cette façon, le contenu du traité devient le contenu d'une *loi formelle* (1). D'abord, si l'on tient comme scientifiquement établie la distinction des lois en lois formelles et matérielles, on ne peut en tout cas considérer comme une loi « simplement formelle » qu'un acte de volonté de l'Etat, qui, publié sous la *forme* d'une loi constitutionnelle, produit autre chose que des règles juridiques. Mais le mode de publication des traités usité en Prusse et dans l'Empire est tout différent de la forme sous laquelle se publient les lois, et il reste précisément à rechercher *si*, malgré l'absence de la forme législative, peut ici se produire la même chose que là où la forme est observée. Si l'on répond par la négative, on se demande alors (et c'est pour nous de toute première importance) ce que la publication du traité transforme, non plus en loi matérielle, mais en *droit interne matériel*.

D'un autre côté, si l'on se place au point de vue que tout acte de volonté de l'Etat, revêtu de la forme de la loi, a nécessairement pour contenu une règle juridique, et si l'on veut reconnaître la forme de la loi même dans la publication imparfaite du traité, il est alors bien certain (et ce n'est pas discuté par les adversaires de la loi formelle) (2) que, dans le texte de la loi, à côté des règles qui se manifestent comme l'expression de la volonté qu'a l'Etat de sanctionner, peuvent figurer des règles dont le législateur ne voulait pas faire des dispositions impératives ; il peut se faire qu'il se trouve dans la loi, à côté d'éléments *dispositifs*, des éléments *énonciatifs*. Mais l'hypothèse qu'il y a beaucoup d'éléments simplement énonciatifs est particulièrement admissible quand, en dehors de la sanction éventuelle, le texte *entier* de la loi consiste dans l'*acte du traité* convenu entre les plénipotentiaires des Etats, lequel ordinairement ne contient point de *réglementation*, mais une *promesse*. Comment et dans quelle mesure le législateur veut il transformer en réglementation juridique obligatoire, ce qui n'apparaît là que sous forme d'offre et

(1) Comp. par ex., v. Seydel, *Commentar*, 2e édit., p. 21, etc...
(2) V. Hänel, *Studien*, II, p. 170 sq.

d'acceptation? C'est ce qu'il faut rechercher. Y a-t-il un principe général, d'après lequel ceci doive s'apprécier?

Mais par là nous dépassons de beaucoup notre sujet qui traite spécialement de la forme de création juridique par publication de traité. Car une question analogue se pose à propos de *tout* le droit interne qui ne se manifeste pas en règles juridiques expressément formulées, c'est-à-dire à propos du *droit coutumier*. Peut-on découvrir des principes fixes, d'après lesquels, en l'absence d'une disposition expresse, on puisse établir si l'Etat a voulu créer un droit conforme au droit international et *lequel*?

## II

On est tenté de dire : il est à *présumer* que l'Etat a organisé son système juridique *conformément* au droit international (1). Sous cette forme générale, la proposition est indubitablement inexacte.

Elle n'est pas exacte, d'abord, pour le droit interne « *permis* » par le droit international, — qu'on entende par là soit le droit non interdit, soit le droit qui a été créé par suite d'un véritable pouvoir du droit international. Sans plus de démonstration, on ne peut ni admettre que l'Etat possède tout le droit que le droit international ne lui interdit pas de posséder, — ce que personne ne pourra contredire — ni considérer comme naturel qu'il possède tout le droit qu'il lui est permis de posséder ou qu'il doit posséder pour pouvoir exercer ses droits internationaux. Il est certain, par exemple, à mon avis, qu'aucune règle du droit international n'empêche l'Etat de viser dans ses normes les étrangers qui se trouvent à l'étranger; on ne serait certainement pas justifié cependant à supposer d'emblée qu'il l'a fait. Avant d'émettre une pareille affirmation, on doit, dans chaque cas, se livrer à un examen très précis indépendamment de toute présomption; cet examen ne doit point partir des principes du *droit international*, mais de l'ensemble du droit interne qu'il faut découvrir. Il n'est pas sûr que, dans tous les Etats, le droit pénal et la juridiction pénale veuillent se saisir des actes commis dans les eaux territoriales maritimes. Aussi, dans la fameuse

(1) V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 214. Mais il n'entend pas tout à fait la formule dans ce sens large.

affaire du « Franconia » (1), dont nous avons déjà parlé, la *Court for crown cases reserved* anglaise a-t-elle eu parfaitement raison de trancher la question de compétence seulement d'après le droit anglais et tout à fait indépendamment de ce que contenait le droit international au point de vue du droit permis, en ce qui concerne la souveraineté dans les eaux territoriales ; dans l'espèce, le jugement repoussa la compétence du droit interne, qui aurait certainement pu être admise d'après le droit international (2). Si, dans tous ces cas, on veut suivre une présomption, la règle devrait être peut-être formulée de la façon suivante : on peut admettre que l'Etat aura fait usage de l'autorisation que lui accorde le droit international de créer du droit — le mot « autorisation » pris dans son sens large — partout où, *faute* d'un droit interne correspondant, apparaîtrait une lacune incompatible avec les intérêts vitaux de l'association étatique. De là peut venir, par exemple, qu'en temps de guerre, les organes et nationaux de l'Etat belligérant, officiers et soldats, et même les organes qui administrent le territoire ennemi occupé (3) sont, sans disposition expresse, investis de tous les droits professionnels, qui peuvent leur être accordés d'après le droit international. Indubitablement, de nombreux actes, interdits en soi par les normes étatiques, sont dépouillés, en temps de guerre, quand s'exercent et se remplissent les droits et devoirs professionnels, de leur caractère délictuel ; meurtre, blessure, contrainte, privation de la liberté, vol, détournement, déprédation et extorsion à main armée (qu'on songe au combat autour des

(1) V. ci-dessus, p. 148.

(2) Comp. à ce sujet Harburger, *Strafrechtlicher Begriff Inland*, etc..., p. 8 sq., 20, 27 sq.

(3) V. la décision, intéressante à plusieurs points de vue, du tribunal administratif supérieur de Prusse (*Entscheid.*, X, p. 380 sq.). Un ecclésiastique employé dans le Holstein fut, à la fin de juin 1866, pendant l'occupation prussienne, révoqué de son emploi, pour refus du vœu d'obéissance, par le président supérieur prussien, v. E., gouverneur du Holstein. Il déposa plus tard contre v. E. une demande en indemnité pour le dommage que lui avait causé sa déposition, prétendûment *injuste*. Le conflit de compétence ayant été soulevé, le tribunal administratif supérieur décida que l'acte du défendeur était permis *par le droit de la guerre et le droit international*. Ce jugement est certainement juste ; mais les motifs n'auraient pas dû s'en tenir à la question du droit international. Car, vis-à-vis de v. E. c'est d'abord le droit interne qui avait à décider de ce qui rentrait dans sa fonction. Mais ce droit était, sans aucun doute, conforme au droit international.

transports de munitions), incendie, actes innombrables constituant un danger public... sont, dans la mesure où la raison de guerre les réclame (1), permis, et même ordonnés. Et on doit d'autant plus sûrement admettre que l'Etat, d'accord avec le droit international, a ajouté, bien que « tacitement », ces exceptions à ses normes, qu'il y est *obligé*, ainsi que nous allons immédiatement le voir, en ce qui concerne l'armée *ennemie*. Mais cette présomption, comme le montre précisément cet exemple, ne peut jamais être faite que quand l'Etat agrandit, dans les matières en question, la sphère d'action du droit « non établi » ; on doit la considérer comme impossible, là où l'Etat représentatif exige une loi (au sens constitutionnel) pour la formation du droit.

Cela devient très important quand il s'agit d'indiquer quelles règles du droit étatique sont apparues par suite de la simple publication d'un *traité international*. Il n'est nullement certain dès l'abord que cette procédure a converti en droit interne tout ce qui *pourrait* l'être d'après le texte du traité. Même le contraire est assez souvent évident. Si on voulait prendre au pied de la lettre la formule : le « traité » devient par sa publication droit étatique, on aboutirait souvent à des résultats singuliers. Un traité de commerce de l'Empire Allemand dispose, par exemple : « des droits d'accise *peuvent* être levés dans les villes sur la

(1) Mais dans cette mesure *seulement* ! Il reste défendu de tuer les gens désarmés, les prisonniers de guerre. C'est une autre question de savoir si ces actes doivent être privilégiés, au point de vue de la peine à leur infliger. V. notamment v. Holtzendorff, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, III, Berlin, 1874, p. 424 ; Stoos, *Bemerkungen z. d. Entw. eines schweizerischen Militarstrafgesetzb.*, Berne, 1885, p. 11 sq. — qui parlent tous deux des « excès de tuer », expression qui n'est précisément pas heureuse. — La mesure dans laquelle les normes peuvent souffrir et souffriront des exceptions dépend naturellement beaucoup du droit international spécial. La confiscation de la propriété ennemie sur un navire neutre est, sans aucun doute, à l'égard des Etats qui n'ont pas adhéré à la déclaration de Paris de 1856, permise, après comme avant ; en dehors de ce cas, il faut la considérer comme piraterie ; faire prisonniers des médecins est, dans le domaine de l'union où s'applique la convention de Genève, une privation de liberté contraire au droit ; ailleurs, elle ne l'est pas, etc... Pour plus de précision sur cette matière, v. Becke, *Ueber den Krieg und seine Beziehungen auf das Criminalrecht* (*Neues Archiv des Criminalrechts*, I, p. 399 sq., avec des remarques de Mittermaier) ; Morin, *Les lois relatives à la guerre*, Paris, 1872, I, p. 500 sq. (mais il y a là beaucoup d'altérations) ; Beling, *Exterritorialität*, p. 134 sq.

consommation des boissons et comestibles étrangers, etc... » (1). Cette phrase devient-elle une « permission », par laquelle le droit d'Empire autoriserait les villes à imposer les objets en question ? Si tel était le cas, toutes les lois internes qui interdisent ces impôts aux communes seraient par là abrogées ; et les lois d'interdiction qui seraient plus tard édictées seraient nulles ! Il suffit de soulever la question, pour y répondre négativement. Ou bien le traité accorde aux commandants de nos navires de guerre certains droits d'arrestation et de perquisition (2). Ces droits deviennent-ils des droits *législatifs*, qui ne pourraient être limités par aucune instruction administrative ? Il est clair encore qu'il ne peut pas être question de cela. Notre droit consulaire, pour donner un exemple particulièrement important, laisse subsister la juridiction consulaire partout où son exercice est autorisé par la tradition ou les traités : mais le consul, en particulier, n'est investi de la compétence juridictionnelle qu'en vertu d'une autorisation spéciale du chancelier de l'Empire (3). Si plus tard un traité consulaire accorde à nos consuls, dans un pays déterminé, le droit de juridiction, la publication du traité doit-elle véritablement avoir pour effet que les règles générales de la loi d'Empire antérieure sont abrogées par les règles spéciales du traité ? Je ne le crois pas (4). Car ici, comme dans les cas précé-

(1) V. p. ex. traité de commerce avec la Roumanie du 21 octobre 1893 (*R. G. Bl.*, 1894, p. 17), art. 12, al. 3.

(2) Acte antiesclavagiste de Bruxelles du 2 juillet 1890 (*R. G. Bl.*, 1892, p. 605), art. 42 sq.

(3) Loi d'Empire sur la juridiction consulaire du 10 juillet 1879, §§ 1, 5.

(4) La question est le plus souvent simplifiée par suite de ce que les traités qui concèdent des droits de ce genre tiennent compte en même temps des règles de compétence du droit interne. Traité de commerce avec la Corée du 26 novembre 1883 (*R. G. Bl.*, 1884, p. 221), art. 3 : « Le droit de juridiction appartiendra aux autorités allemandes *dûment autorisées*. » Traité consulaire avec l'Italie du 21 décembre 1868-7 février 1872 (*R. G. Bl.*, 1869, p. 113 ; 1872, p. 134), art. 11, n. 7 : Les consuls « peuvent organiser la tutelle et la curatelle *conformément aux lois de leur pays* ». Si donc le consul n'est point, d'après notre droit, compétent pour organiser une tutelle, il ne le devient pas par l'effet de la publication du traité. Solution exacte dans v. König, *Handbuch des deutschen Konsularwesens*, 5e édit., Berlin, 1896, p. 34 ; Laband, *Staatsrecht*, 3e édit., II, p. 13 ; maintenant aussi Zorn, *Staatsrecht*, 2e édit., II, p. 453, n. 21. Mais si cette limitation n'est point prévue, et si, comme par exemple dans le traité consulaire avec la Grèce du 26 novembre 1881 (*R. G. Bl.*, 1882, p. 101), art. 9, al. 2, on concède aux consuls allemands le droit de recevoir des actes notariés, dans une mesure supérieure à celle que leur accorde le § 16 de la loi fédérale du 8 novembre 1867 concernant l'organisation des consulats

dents, l'Empire créerait des droits subjectifs ou accorderait des compétences pour la création ou la concession desquels il n'a nullement *besoin* d'une *loi particulière* — le consul pourrait être investi du droit de juridiction, le commandant de navire pourrait être habilité par une instruction, sans que dans un cas comme dans l'autre le traité doive être converti en droit fédéral — ; et en même temps l'Empire abrogerait d'autres compétences, à l'abrogation desquelles il ne peut avoir le moindre intérêt raisonnable — compétences du gouvernement d'Empire, peut-être des Etats particuliers. De cela, doit découler la règle suivante. La publication d'un traité international, au cas de doute, ne transforme en droits légaux pour l'Etat et les organes de l'Etat les *droits* et *pouvoirs* correspondant au traité que si, *premièrement* une nouvelle règle juridique est d'après le droit interne *indispensable* à l'Etat pour pouvoir exercer le droit international né du traité, et *secondement* si on peut déduire des circonstances que l'Etat veut véritablement exercer les droits conformes au traité. Mais même dans ce cas, c'est affaire d'interprétation particulière, que de découvrir si la règle juridique veut fonder immédiatement les droits en question, ou si elle veut seulement accorder au gouvernement l'autorisation de créer ces droits par la voie du règlement. Enfin, ce n'est en tout cas que par une interprétation de chaque cas qu'on peut décider si la règle de droit interne, née sous cette forme, veut *ordonner* aux organes de l'Etat les actes que le traité *permet* de faire (1).

fédéraux, je considère qu'on peut hésiter entre les trois solutions suivantes : ou bien la compétence consulaire reçoit une extension légale du fait de la publication du traité (en ce sens, v. König, *op. cit.*, p. 34 sq., 170, — cependant il n'est pas très précis à ce second endroit — et Zorn, *Annalen des deutschen Reichs,* 1882, p. 417 ; *Wörterbuch des Verwaltungsrechts* de Stengel, I, p. 832 ; *Staatsrecht*, II, p.452 sq.), ou bien le droit d'Empire se réserve encore le droit d'étendre cette compétence, ou bien il fait dépendre cette extension de la libre appréciation du gouvernement impérial, supérieur hiérarchique. En ce sens, si je comprends bien, Laband, *op. cit.*, II, p. 13 sq. ; G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 2e édit., II, Leipzig, 1894, p. 19, n. 6 ; Hübler, *Die Magistraturen des völkerrechtlichen Verkehrs*, Berlin, 1895 (pas en librairie), p. 8 ; Goes, *Annalen des deutschen Reichs*, 1897, p. 501. V. aussi déjà Reitz, *Id.*, 1872, p. 1289, n. 1.

(1) Je rappelle les exemplee tirés du droit consulaire, qu'on vient de citer.

## III

Autant il est difficile de présumer, d'une façon générale, que l'Etat veut user de ses *droits* internationaux, autant il est indiqué de présumer que l'Etat veut accomplir ses *devoirs* internationaux.

Certes, cette règle ne nous autorise pas à conclure simplement et *ipso facto* à l'existence d'un droit « non établi », ordonné par le droit international, si nous ne possédons aucun indice déterminé d'une création juridique. Nous ne pourrions jamais admettre que l'Etat a « transformé » en droit interne un traité conclu, si nous ne pouvions apercevoir, d'après un *acte* quelconque du législateur, que telle est sa volonté. Nous ne pourrions jamais soutenir que, pour accomplir son devoir, l'Etat a édicté des normes pour la protection des biens juridiques étrangers qu'il est obligé de protéger, si nous ne pouvions conclure, d'un acte quelconque, qu'il veut les protéger. Et, encore plus évidemment, nous ne sommes jamais autorisés à admettre qu'il existe un droit ordonné ou internationalement indispensable « non établi », quand notre Constitution — qu'on songe au droit pénal — ne permet la création d'un certain droit que sous la forme d'une réglementation expresse.

Mais cette règle nous aide à *expliquer* les faits qui constituent indubitablement ou qui peuvent constituer la création d'un droit interne objectif.

Elle nous est d'abord d'un secours précieux pour expliquer avec certitude le sens et la portée d'un droit *existant*, qu'il soit « établi » ou non « établi ». La loi interdit, par exemple, de porter atteinte ou de compromettre des « biens juridiques » — vie, liberté, honneur, — simplement, sans dire si elle n'envisage que les biens situés sur le territoire, ou bien si elle envisage aussi les biens situés à l'étranger. Dans la mesure où il est établi que l'Etat doit, d'après le droit international, protéger les biens situés à l'étranger , on doit admettre que son ordre s'étend aussi à ces biens (1). Inversement : si, par exception à ces

(1) Cette règle n'est point le seul moyen d'interprétation ; elle en est cependant un très important quand la question se pose de savoir si, chez nous, la résistance au « pouvoir étatique étranger », la violation des lois douanières étrangères (comp. en particulier *Entsch. des Reichsgerichts in Strafs.*, XIV, p. 124 sq.), la falsification des timbres-poste étrangers

normes, il est permis aux soldats, en temps de guerre, de tuer, de blesser, d'exercer une contrainte, etc..., cette exception s'étend certainement aux soldats étrangers, parce qu'elle doit leur être étendue en vertu d'une règle internationale (1). Si (on se rappelle que je n'admets pas cette opinion) on pense qu'il existe des principes généraux d'un « droit privé international superétatique », la règle de droit interne qui ordonne au juge d'appliquer le droit privé *pertinent* doit être entendue, dans le doute, en ce sens que le juge doit appliquer le droit qui doit être appliqué d'après la règle du droit *international* (2). Mais surtout notre principe justifie une interprétation *limitative* des règles étatiques, dont le texte permettrait de conclure à un contenu législatif *contraire au droit international*. Car, d'après un principe exact et très salutaire, on ne doit point admettre que le législateur veut, par sa loi, s'affranchir de ses devoirs internationaux, qu'il veut supprimer le droit interne ordonné par le droit international, qu'il veut notamment violer les traités existants, tant que le sens de la loi n'exige pas impérieusement une telle interprétation (3). Ce principe a été reconnu avec une

(v. § 253 du code pénal prussien de 1851, *Entsch. des Obertribunals*, LXII, p. 34) sont interdites et punissables.

(1) Il est ici aussi très important de savoir *dans quelle mesure* l'état actuel du droit international nous oblige à admettre des exceptions de ce genre à la norme (course, prise maritime, franc-tireurs, etc...). Sur quelques questions qui rentrent dans cet ordre d'idées, comp. v. Kries, *Zeitschr. f. d. gesams. Strafrechtswiss.*, VII, p. 597 sq. V. aussi l'intéressante *Entsch. d. Reichsgerichts in Strafs.*, XVI, p. 167 sq.

(2) En ce sens, — et avec raison, étant donné son point de départ, — Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, p. 73 sq., 196 sq. V. aussi Klöppel, *Bohm's Zeitschrift*, I, p. 46 sq. et ci-dessus, p. 125, n. 2.

(3) Mais si tel est le cas, aucune considération ne peut empêcher le juge d'appliquer même le droit contraire au droit international. Ainsi, par exemple, contrairement à l'opinion du tribunal supérieur prussien (*Entsch.*, XLIX, p.282 sq.; *Striethorst's Archiv*, LIV, p. 177 sq.), le tribunal supérieur de commerce de l'Empire (*Entsch.*, XXV, p. 147 sq.) a décidé que le règlement prussien du 2 janvier 1849 a supprimé tous les tribunaux privilégiés, même ceux qui étaient garantis aux seigneurs par le droit confédéral. Il a eu raison, car le règlement indiquait avec précision, dans son § 10, les exceptions que souffrait cette suppression, et le tribunal des médiatisés ne figurait pas parmi elles. — V. en outre *Entsch. d. preuss. Oberverwaltungsgerichts*, VI, p. 39 sq. (règlement de cercle (*Kreisordnung*) prussien du 13 décembre 1872, à propos des traités du 19 avril 1844 et du 12 janvier 1866) ; XVIII, p. 80 sq. (loi des recettes communales du 27 juillet 1885 à propos du traité entre la Prusse et le Oldenburg du 17 janvier 1867). — Si une loi interdit catégoriquement l'extradition des propres sujets à l'étranger, il me paraît au moins très douteux que des traités antérieurs, qui

rare unanimité par la doctrine (1), comme par la jurisprudence de tous les Etats, notamment en Allemagne (2), en Suisse (3) et en Angleterre (4) ; il a été aussi invoqué dans les motifs de nombreuses lois, qui voulaient ainsi justifier leur mutisme sur les rapports entre la loi et le traité (5). Mais dans tous ces cas, à

exigent cette extradition, doivent encore être observés. C'est important par exemple, pour l'Italie, qui en particulier avait parfois garanti l'extradition des *naturalisés* dans des traités conclus avant son code pénal actuel.

(1) V. entre autres, Bluntschli, *Völkerrecht*, § 847, p. 476 ; Gessner, *Le droit des neutres sur mer*, 2ᵉ édit., Berlin, 1876, p. 400 ; Lammasch, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, Leipzig, 1887, p. 93 sq., 185 sq. ; Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*. p. 364 sq. ; Tezner, *Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht*, XX, p. 156 : Bornhak, *Preuss. Staatsrecht*, III, Fribourg, 1890, p. 28 ; Heilborn, *Archiv f. öff. Recht*, XII, p. 175 sq. ; Birkmeyer, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin, 1898, p. 31 sq., et, pour un cas particulier, Seligmann, *op. cit.*, p. 224.

(2) Comp. par exemple *Entsch. des preuss. Obertribunals*, XXI, p. 452 (le silence du code pénal prussien du 14 avril 1851 au sujet des entreprises contre la Confédération Germanique ne peut pas signifier l'abrogation des lettres patentes de publication (*Publikationspatent*) du 28 octobre 1836, ordonnées par le droit confédéral) ; *Entsch. des Reichsgerichts in Civils.*, XXIV, p. 13, XXVI, p. 128 ; *Entsch. des Reichsgerichts in Strafs.*, XXIX, p. 398 (les dispositions des traités antérieurs assurant l'impunité ne sont pas touchées par les dispositions répressives du code pénal) ; en outre, III, p. 127 sq. ; XIX, p. 275 (traités antérieurs concernant la protection des marques de fabrique opposés au § 20 de la loi d'Empire du 30 novembre 1874). V. aussi *Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts*, IV, p. 322.

(3) En ce qui concerne notamment la loi d'extradition du 22 janvier 1892. Le tribunal confédéral a constamment décidé que la loi ne « pouvait pas écarter », par suite, ne voulait pas écarter les traités d'extradition antérieurs. Comp. les décisions dans *Böhm's Zeitschrift*, II, p. 509, 624 ; III, p. 320 ; IV, p. 202 sq. ; VII, p. 154, 263 ; en outre, *Entsch. des Bundesgerichts*, XVIII, p. 193 ; XX, p. 57, 61, 343. Comp. aussi, pour d'autres matières, *Id.*, VII, p. 783.

(4) Comp. les citations ci-dessus, p. 151, n. 3-5 ; il est facile de les multiplier. Dans la jurisprudence des Etats-Unis, le principe a été appliqué, même en présence de la règle que les traités sont du droit interne, et que, par suite, ils peuvent être écartés, comme tout droit interne, par une loi ultérieure. Pas partout cependant ; l'opinion la plus répandue dans le pays se contente de la maxime : « une loi postérieure déroge au traité antérieur, et réciproquement » (v. ci-dessus, p. 142). Le mot de Jefferson, qui exagère fortement dans le sens opposé (comp. Story, 5ᵉ édit., II, p. 609) : « *the treaty... is the law of the land, and a law of a superior order, because it not only repeals past laws, but cannot itself be repealed by future ones* » est un merle blanc.

(5) V. les motifs du projet de code pénal, *Drucks. des Reichstags, 2. legisl.-Per. II. Sess.*, 1874-1875, I, n. 5, p. 256 ; motifs du projet de loi sur l'organisation judiciaire (*Id.*, I, n. 4, p. 214) ; d'un projet de loi sur la faillite (*Id.*, IV, n. 200, p. 32, 463) ; du projet de code de procédure civile (*Id.*, II, n. 6, p. 403). Comp. aussi Delbrück dans la session du *Reichstag* du 16 avril 1874 (*Stenogr. Berichte, 2. Leg.-Per. I. Sess. II*, p. 847).

prendre les choses strictement, cette présomption est moins un moyen de répondre à la question de savoir si l'Etat a voulu introduire un droit ordonné par le droit international, qu'un moyen de répondre à la question de savoir s'il a voulu introduire chez lui un droit contraire au droit international (1).

Mais le principe d'après lequel la présomption milite en faveur de la fidélité de l'Etat à ses devoirs internationaux se démontre particulièrement efficace, quand il s'agit de la question de savoir si, d'une façon générale, certains faits extérieurs ont engendré du droit interne. Il ne s'agit pas ici de rechercher si une règle juridique existante a un contenu conforme au droit international, mais si une règle juridique est née avec ce contenu. J'ai encore surtout en vue la publication d'un traité international dans la feuille officielle. Quand le traité est encadré dans un règlement d'introduction particulier,un doute n'est point possible sur la volonté du moins d'ordonner *quelque chose* d'obligatoire. Mais lorsque la formule de sanction est incorrectement supprimée,comme en Prusse et dans l'Empire Allemand, si l'on accorde à cette publication une efficacité juridique (2), et si en outre il est établi que le traité a été soumis aux facteurs législatifs dans les formes prescrites par la Constitution pour la création du droit objectif, alors, on doit conclure du fait de la publication du traité que l'Etat veut, par la voie législative, faire tout ce qu'il est possible au législateur de faire, pour remplir les devoirs qui seront découverts dans le contenu du traité. Ainsi la présomption milite ici en faveur de ceci, que l'Etat veut créer du droit ; qu'il veut en outre que le *contenu* de ce droit corresponde à celui du traité ; qu'il veut enfin que naisse *tout* le droit susceptible de naître par le moyen qu'il a choisi.

La publication a donc pour effet, d'abord, de produire du droit interne *immédiatement ordonné* (3). Le traité, par exemple, ordonne ou interdit la création de droits,de devoirs,de pouvoirs subjectifs pour les sujets ou les fonctionnaires des cocontrac-

(1) Dans les cas ci-dessus mentionnés en effet (question de savoir si des biens étrangers sont protégés, etc...) l'interprétation limitative produirait comme conséquence une règle juridique négative contraire au droit international ; mais admettre cette règle serait contraire à notre présomption.

(2) C'est-à-dire, si on supprime toutes les difficultés de droit interne et si on ne considère pas toute la procédure comme nulle.

(3) Sur cette notion, v. ci-dessus, p. 297 sq.

tants (1). C'est-à-dire que les sujets et les fonctionnaires doivent recevoir le droit de s'établir, d'exercer une industrie, de circuler librement sur le territoire (2), la capacité d'être propriétaire, d'hériter, de tester (3), le droit d'utiliser les installations publiques (4), les mêmes droits que les nationaux en ce qui concerne la procédure (5). Les médecins et les sages-femmes étrangers doivent être autorisés à exercer leur profession dans le pays (6) ; les consuls doivent être autorisés à exercer leurs fonctions publiques ou autres ; ils doivent, dans la procédure de succession, pouvoir agir *ipso jure* comme représentants des héritiers de leurs compatriotes (7) ; ils doivent être exemptés des impôts, du service militaire, des fonctions judiciaires, des fonctions administratives, étatiques et communales (8). Or comme l'Etat assujetti ne peut exécuter toutes ces obligations qu'en édictant des règles juridiques, la publication du traité constitue, à mon avis, la création du droit interne correspondant. Mais qu'on pense, en outre, aux nombreuses dispositions de droit privé, relatives notamment au droit commercial et au droit des transports, qui doivent être édictées par les Etats signataires d'après les conventions de l'Union postale (9) ou d'après la convention internationale de 1890 sur les transports par chemins de fer, ou à l'obligation de déclarer la nullité de certaines opérations juridiques, par exemple, de l'assurance con-

(1) La question de savoir si le traité fait réellement cela, ou s'il ne se propose que d'imposer à l'exécutif le devoir d'adopter une ligne de conduite déterminée doit être tranchée dans chaque cas particulier le plus exactement possible. Les exemples donnés au texte, tous tirés des nombreux traités de l'Empire Allemand, sont choisis de telle sorte que cette intention est toujours au moins possible en eux.

(2) V. le traité d'amitié avec la Colombie du 23 juillet 1892 (*R. G. Bl.*, 1894, p. 472), art. 3.

(3) Comp. par ex. le traité avec le Costa-Rica du 18 mai 1875, (*R. G. Bl.*, 1877, p. 13), art. 10.

(4) Traité de commerce avec la Russie du 10 février-22 janvier 1894 (*R. G. Bl.*, p. 153), art. 18.

(5) *Id.*, art. 2, al. 3.

(6) Comp. par ex. la convention avec l'Autriche du 30 septembre 1882 (*R. G. Bl.*, 1883, p. 39), art. 1.

(7) V. le traité consulaire avec les Etats-Unis du 11 décembre 1871 (*R. G. Bl.*, 1872, p. 95), art. 8.

(8) *Id.*, art. 3.

(9) Réclamations pour dommages résultant de la perte d'envois recommandés (traité d'union postale universelle du 15 juin 1897, — *R. G. Bl.*, 1898, p. 1079,— art. 8), déchéance du droit de réclamer au cas de fausses indica-

tre les risques de la contrebande (1). Si, de plus, le traité exige de l'Etat qu'il édicte des *défenses* ou des *interdictions* générales qui ne peuvent émaner que de la loi, on doit considérer, dans le doute, que l'Etat les édicte par le fait de la publication du traité ; peu importe, ici aussi, que le texte du traité s'exprime déjà lui-même par anticipation comme une loi — « *il est interdit* de vendre de l'alcool (à bord d'un bateau-pêcheur) » (2) — ou bien, qu'il spécifie seulement que tels actes *doivent être interdits* (3), ou peut-être même, *doivent être punis* (4); même dans ces cas le traité, en tant que « loi », contient non point sans doute la loi pénale, mais la norme. Enfin, les dispositions des traités qui expliquent le sens de différentes notions utilisées dans le traité — comme le fait la déclaration jointe au traité international relatif aux câbles pour le mot « intentionnel (5), — deviennent, par ce moyen, si ces notions se trouvent dans les propositions du texte « converties » par ailleurs en droit interne, des règles « explicatives de notions » du droit interne.

Mais si le traité oblige l'Etat à faire des actes du domaine de l'exécutif, si ces actes sont de ceux qu'il ne peut pas exécuter sans y être autorisé par une loi, et si, en outre, il est certain que la publication du traité a été faite en vue des devoirs accep-

tions de valeur (convention du même jour concernant les lettres et les colis avec valeur déclarée — *id.*, p. 1115, — art. 9, al. 2), etc...

(1) Cartel douanier avec l'Autriche-Hongrie, du 6 décembre 1891 (*R. G. Bl.*, 1892, p. 63), § 7. — Traité sur les personnes : acte antiesclavagiste, art. 65.

(2) Traité international pour la répression du commerce de l'alcool chez les pêcheurs de la Mer du Nord, du 16 novembre 1887 (*R. G. Bl.*, 1894, p. 427), art. 2. V. notamment les règles complètement formulées sous forme de norme du traité international concernant la police de la pêche dans la mer du Nord, du 6 mai 1882 (*R. G. Bl.*, 1884, p. 25), art. 6-24 ; v. encore la convention concernant l'échange des colis postaux, du 15 juin 1897 (*R. G. Bl.*, 1898, p. 1145), art. 12, et l'accord du même jour concernant l'échange des lettres, etc... avec valeur déclarée (*Id.*, p. 1115, art. 9, etc...

(3) Comp. le cartel douanier avec l'Autriche-Hongrie (ci-dessus, avant-dernière note), § 12. Binding, *Handbuch*, I, p. 249, *Normen*, 2e édit., I, p. 182, voit avec raison dans le § 12 du cartel douanier du 23 mai 1881 (*R. G. Bl.*, p. 133) la norme, dont la loi pénale du 17 juillet 1881 pouvait supposer l'existence.

(4) Comp. p. ex. l'art. 2 du traité international pour la protection des câbles télégraphiques sous-marins, du 14 mars 1884 (*R. G. Bl.*, 1888, p. 151) : « Le fait de déchirer ou d'endommager un câble sous-marin... est *punissable.* »

(5) V. déclaration des 1er décembre 1886-23 mars 1887 (*R. G. Bl.*, 1888, p. 167).

tés dans le traité, on est alors obligé d'admettre que l'Etat veut par ce moyen, en cas de doute, créer tout le droit dont il a besoin pour l'accomplissement de ces devoirs, c'est-à-dire tout le droit *internationalement indispensable*. Le « doit » (*soll*) du traité se transforme dans la bouche du législateur en un « peut » (*darf*) (1). Le traité oblige à attribuer les bateaux séquestrés transporteurs d'esclaves à celui qui les a découverts (2) ; la règle juridique étatique accorde l'autorisation nécessaire. Le traité oblige l'administration à empêcher de se former à la frontière de l'Etat voisin des amoncellements ou des dépôts suspects d'objets, s'ils paraissent destinés à la contrebande (3) ; la règle juridique étatique accorde, dans ce but, la compétence nécessaire à l'autorité policière, dans la mesure où cette compétence est nécessaire. La publication « législative » de la convention internationale concernant les mesures contre le choléra, du 15 avril 1893 (4), a confié aux organes de la police sanitaire toute une série de droits de coercition sur les personnes et sur les choses. Je n'ai certainement pas besoin de multiplier les exemples.

Certes, dans les deux cas, en ce qui concerne le droit interne immédiatement ordonné comme le droit interne « indirectement » ordonné, nous ne pouvons conclure de la publication du traité à des règles juridiques étatiques, que si cet acte s'exprime avec la clarté que nous pouvons attendre, pour des motifs généraux ou pour des motifs spéciaux de droit public, de la règle juridique que nous cherchons. Si tel n'est pas le cas, nous devons conclure que l'Etat n'a *voulu* édicter aucune disposition. Nous sommes bien autorisés à remplacer un « devoir » (*sollen*) par un « pouvoir » (*dürfen*) lors de la transformation en droit interne, mais rien ne nous autorise à supposer arbitrairement chez le législateur une volonté qui ne ressort pas avec une suffisante clarté du texte de la publication.

Il est donc, par exemple, impossible de voir dans la clause

(1) Se transforme-t-il aussi en un « doit » (*muss*) législatif? Cela va être immédiatement déterminé.

(2) Art. 59 de l'acte antiesclavagiste de Bruxelles, du 2 juillet 1890 (*R. G. Bl.*, 1892, p. 605). Sur les rapports de cette prescription avec le § 3 de la loi d'Empire du 28 juillet 1895, v. ci-dessous, p. 419, n. 1.

(3) Cartel douanier avec l'Autriche-Hongrie (v. ci-dessus, p. 399, n. 1), § 8 ; v. aussi § 12, etc.

(4) *R. G. Bl.*, 1894, p. 343. Remarquer l'art. 1er, rapproché des titres IV et V de l'appendice I.

d'un traité qui ne contient rien qu'une prescription d'après laquelle l'Etat doit *punir* ou menacer de punir certains actes de ses sujets ou même seulement doit prendre toutes ses dispositions pour pouvoir punir ces actes (1), — il est impossible, dis-je, de voir dans cette clause une loi *pénale* sous le prétexte que le traité a été publié « comme loi ». Car notre droit exige comme condition de toute peine, non seulement une menace *législative* de peine — on pourrait admettre que cette menace existe ici, — mais aussi la menace d'une peine *déterminée* (code pénal, § 2). Il n'y a rien de cela dans le traité, et tirer de ce *silence* la conclusion que le législateur veut par une *lex specialis* enlever une pierre fondamentale à tout notre édifice pénal, ce serait abuser de la liberté d'interprétation. Notre législation d'Empire nous offre, en pratique, suffisamment de preuves *ex post facto*. Les traités pour la protection des câbles télégraphiques, pour la police de la pêche et la répression de la vente de l'alcool dans la mer du Nord, les cartels douaniers avec l'Autriche, — tous ces traités contiennent des « dispositions pénales » et ils ont également tous été complétés par des lois pénales *particulières* (2). Mais si, comme par exemple dans l'art. 13 de la convention avec la Belgique, concernant la protection des ouvrages de littérature et d'art, du 12 décembre 1883 (3), on s'exprime en ces termes : « chaque violation des dispositions de la présente convention doit, d'après les règles de la législation compétente, entraîner les *mêmes conséquences* au point de vue de la saisie, de la confiscation et de la condamnation à la peine et aux dommages-intérêts, que si elle atteignait un ouvrage ou une œuvre d'origine nationale », — j'estime que la publication du traité constitue, d'une manière suffisamment claire, la menace de la peine *législative*. En fait

(1) Sur cette expression, v. ci-dessus, p. 313 sq.

(2) V. les lois d'Empire du 17 juillet 1881 (*R. G. Bl.*, p. 247), du 30 avril 1884 (*R. G. Bl.*, p. 48), du 21 novembre 1887 (*R. G. Bl.*, 1888, p. 169 ; v. aussi ci-dessus, p. 282, n. 2) ; du 4 mars 1894 (*R. G. Bl.*, p. 151), du 9 juin 1895 (*R. G. Bl.*, p. 253). — Par contre, les traités d'amitié avec le Japon de 1869 (*B. G. Bl.*, 1870, p. 1), art. 3 *in fine*, 7, avec la Corée de 1883 (*R. G. Bl.*, 1884, p. 221), art. IV, 6 ; VI ; III, 6, etc...; la convention additionnelle avec la Chine de 1880 (*R. G. Bl.*, 1881, p. 261), art. 3, 4, 6, etc..., contiennent des lois pénales d'Empire « singulières », mais valables. Faux, v. Liszt, *Völkerrecht*, p. 176.

(3) *R. G. Bl.*, 1884, p. 173.

aussi *ces traités* n'ont jamais été suivis d'une loi pénale particulière.

D'autre part, si le texte du traité ne contient rien que l'acceptation du *devoir de faire une loi* et si le contenu de cette loi n'est indiquée que dans ses traits généraux, il est évident que la publication du traité, même quand il a été préalablement délibéré et accepté comme une loi interne par les facteurs de la législation, ne peut pas constituer la confection de la loi ordonnée. Ainsi en est-il, par exemple, de l'art. 1er de la convention internationale pour la lutte contre le phylloxera (1) : « Les contractants s'engagent à compléter leur législation intérieure, afin de prendre des mesures communes contre le phylloxera. Cette législation *envisagera principalement* : la surveillance des vignobles, etc... », ou de l'art. 5 de l'acte antiesclavagiste, qui ordonne aux Etats contractants de faire une loi déclarant applicables aux chasseurs et marchands d'esclaves, etc... les dispositions de leur droit pénal sur les « délits graves » contre les personnes ou sur les délits contre la liberté. Le traité ne peut pas non plus dans ces cas se passer d'une loi complémentaire (2).

Cependant, la publication « législative » de ces articles de traités ne me paraît pas complètement dépourvue d'effet. Je pense, non point qu'elle constitue la *loi* que l'Etat est obligé de faire en vertu du traité, mais qu'elle crée pour les facteurs de la législation le *devoir légal de faire une législation correspondante* (3). Le devoir international de légiférer, qui affecte l'Etat en tant que tel, devient par ce moyen le devoir interne des *organes de la législation*, de faire ce qui leur appartient pour l'é-

(1) *R. G. Bl.*, 1882, p. 125.

(2) D'où les lois d'Empire du 3 juillet 1883 (*R. G. Bl.*, p. 149) et du 28 juillet 1895 (*R. G. Bl.*, p. 425). Les motifs du projet de la première de ces lois (*Drucks. d. Reichstags, 5. Leg.-Per. II. Sess.*, 1882-1883, n° 295) s'expriment ainsi, p. 6 : « La convention internationale sur le phylloxera n'a pas eu pour but d'établir des *normes juridiques immédiatement obligatoires* pour les autorités et les nationaux des Etats participants ; elle *oblige* plutôt les gouvernements de ces Etats à créer un système juridique en accord avec la convention. » Si on remplace, au début de la phrase, « convention » par « publication de la convention », on a l'exacte vérité.

(3) La situation est analogue, quand le traité contient la promesse de s'abstenir d'une législation d'une certaine nature, par exemple, de n'introduire aucun monopole légal qui nuise au cocontractant, etc... V. le traité d'amitié avec Costa-Rica, du 18 mai 1875 (*R. G. Bl.*, 1877, p. 13), art. 4.

tablissement de la loi. Certes, comme toutes les règles juridiques qui établissent ainsi un devoir de légiférer (1), celle-ci est aussi une *lex imperfecta* (2) ; elle n'en est pas moins une règle juridique, à qui ne manque certainement pas toute signification pratique, au moins au point de vue politique.

J'ai intentionnellement laissé de côté, dans l'exposé qui précède, la question de savoir si la publication des traités, dont le texte crée pour les *organes* de l'Etat un *devoir* d'action ou d'omission, engendre un devoir correspondant de droit interne. A l'égard de cette question, il faut d'abord faire un rapide examen du contenu du droit conforme au droit international, auquel nous arrivons maintenant.

(1) V. ci-dessus, p. 265 sq.

(2) Les *interdictions* de légiférer sont cependant (v. p. 402, n. 3) *leges perfectæ* dans l'Etat fédéral, en ce sens que la violation par les *Etats-membres* aurait pour conséquence la nullité de la loi.

§ 16.

## Le contenu du droit interne conforme au droit international.

I

Les recherches qui suivent donnent beaucoup moins que le titre ne paraît le promettre. Elles n'ont point pour but d'exposer le *contenu* réel de tout le droit conforme au droit international. Cela ne serait pas seulement difficile : ce serait inutile et, au point de vue de la méthode, faux. Difficile : parce que l'étendue de la matière forcerait le cadre de ce livre. Inutile : car même si on voulait, et peut-être précisément si l'on voulait se limiter au droit d'un seul Etat, très vraisemblablement le résultat ne serait guère qu'un tableau statistique de la matière juridique ; du moins, les expériences déjà faites de tentatives de ce genre n'encouragent pas beaucoup à les imiter (1). Ce serait faux, enfin, au point de vue de la méthode : car les matières de droit privé et public qu'on prendrait dans toutes les branches du droit interne pour les rassembler en masse ici n'auraient entre elles rien de commun que le fait qu'elles doivent leur existence à un devoir ou à un droit international du législateur ; c'est là évidemment un principe d'union scienti-

(1) On a parfois inséré dans les abrégés de droit public ou administratif un chapitre spécial contenant un résumé plus ou moins détaillé du contenu des traités internationaux conclus par l'Etat. V. par exemple, la manière très large dont Blumer-Morel, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 2e édit., II, 2, p. 345-640, a traité le sujet. Cela n'est pas sans valeur, en tant que résumé de matière. Il est certain aussi que la lecture n'en est rien moins qu'amusante : la faute n'en incombe pas à l'auteur, mais au sujet. Il va de soi que je ne veux pas par là me prononcer contre les auteurs qui utilisent d'une façon intensive le contenu des « traités internationaux » quand ils traitent du droit interne, pas plus que contre ceux qui insistent avec force sur l'importance internationale des autres règles du droit étatique. Même l'un et l'autre de ces systèmes devraient être pratiqués plus qu'on ne le fait habituellement ; v. aussi Zorn, *Zeitsch. f. d. ges. Staatswissenschaft*, XXXVI, p. 4. Mais chaque chose à sa place.

fiquement stérile ! En outre, le contenu matériel de beaucoup de ces règles ne mériterait pas un examen détaillé. Car cet examen, pour avoir un sens, devrait avoir trait au côté spécifiquement « international » des règles juridiques, et, comme cela ressort de nos recherches sur le droit interne internationalement important ou indifférent — je rappelle notamment le droit « internationalement semblable » (1), — une grande partie du droit internationalement important n'a en général en soi rien d' « international ».

Nous devons ainsi nous contenter d'une recherche d'un caractère purement *formel*. Nous nous demandons si le droit conforme au droit international contient des règles de *commandement*, *d'interdiction*, *de permission*, et, s'il en contient, lesquelles. Cette question se justifiera par la nature particulière d'une certaine catégorie du droit interne.

## II

Il est clair que le contenu de la règle juridique *immédiatement ordonnée* par le droit international peut revêtir des formes aussi nombreuses que le droit en général. Le devoir de l'Etat, consistant dans l'obligation de créer un droit en soi, peut s'étendre au droit de toute nature. Règles juridiques positives, négatives, explicatives, ordres, interdictions, autorisations peuvent devoir l'existence à un devoir international de légiférer. Toutes les branches du droit, droit privé et droit public, peuvent être enrichies par ce moyen. Cela est surtout évident, quand le devoir international consiste à *codifier* tout un ensemble du droit. Mais déjà, si on examine les traités publiés dans les feuilles officielles, on trouve souvent toutes les catégories formelles de droit représentées. Il en est de même pour le droit interne « *immédiatement permis* », dans les cas où nous sommes autorisés à croire à l'existence de ce droit (2).

Il en est tout différemment au contraire du droit interne *internationalement indispensable*. Il appartient entièrement au droit *public* et ne consiste qu'en *autorisations*. Pourquoi ? Nous avons vu que cette sorte de droit internationalement important n'est pas édictée pour remplir un devoir international, mais

(1) V. ci-dessus, p. 270 sq.
(2) Comp. p. 379 sq.

pour créer la condition de *droit interne* sans laquelle il ne serait pas possible ou il ne serait pas admissible que, en une sphère autre que la sphère législative, l'Etat suivît telle ou telle ligne de conduite, en termes plus précis, sans laquelle il ne serait pas possible que les organes d'exécution de l'Etat suivissent telle ou telle ligne de conduite (1). Or il n'y a jamais d'indispensable qu'une règle juridique qui *accorde une autorisation* ; une règle juridique *qui commande* ne l'est pas. Remarquons-le bien : je ne nie pas que des *ordres* étatiques soient dans certains cas indispensables ; je nie que des *règles juridiques* donnant des ordres ou édictant des interdictions soient indispensables. Certes, en particulier, il sera souvent, ou peut-être même la plupart du temps, impossible d'accomplir un devoir international sans la mise en œuvre de la puissance impérative de l'Etat. Si cet ordre est édicté dès l'abord comme un ordre général sous forme de loi, on peut trouver là une *garantie* que le devoir sera accompli. Mais jamais l'ordre *législatif* n'est internationalement *indispensable*. Ou bien il est immédiatement ordonné, ou bien il n'est pas ordonné du tout, pas même « indirectement ». Ce principe auquel j'attache une grande importance doit être éclairci par des exemples.

Un Etat est obligé, par *Vereinbarung*, d'extrader, sur requête, les délinquants fugitifs. Il serait en ce cas concevable qu'il promît à son cocontractant d'ordonner l'extradition à ses organes. Alors, l'ordre et, par suite si l'ordre devait être donné par une loi, la loi seraient *immédiatement* ordonnés. Mais d'habitude le traité ne parle que de l'extradition elle-même, et reste muet sur l'ordre d'extrader. On ne peut certainement pas dire alors, que l'Etat est internationalement obligé de donner un ordre d'extradition. Il remplit suffisamment son devoir, si dans chaque cas il donne suite à la demande d'extradition ; tout le reste est indifférent au cocontractant (2). Mais si, malgré cela, l'ordre est donné sous forme de loi, la loi n'est indubitablement pas immédiatement ordonnée. Est-elle internationalement indispensable ? D'abord, il est parfaitement clair que dans les Etats où il appartient aux organes exécutifs de décider souverainement

(1) V. ci-dessus, p. 299 sq.

(2) Si l'on voulait cependant interpréter le traité comme imposant le devoir de donner l'ordre, la loi qui donnerait cet ordre constituerait alors un droit *immédiatement* ordonné.

s'ils veulent ou non accorder l'asile, l'ordre *législatif* est superflu. Il suffit que le chef de l'exécutif ou l'autorité à laquelle l'étranger adresse régulièrement sa demande d'extradition donne aux agents subordonnés l'ordre nécessaire, soit par une décision particulière, soit au moyen d'une instruction administrative générale. Il en est autrement si le pouvoir exécutif est lié soit d'une manière générale, comme, par exemple, en Grèce (1), — soit en ce qui concerne les propres nationaux, comme dans la plupart des Etats aujourd'hui. Là, une loi est indubitablement la condition de droit interne, pour que la promesse puisse être tenue. Mais que doit contenir cette loi ? L'*ordre* d'extrader sur demande ? Nullement. La *loi* n'a pas besoin de contenir autre chose que l'autorisation d'extrader (2) ; pour le reste, la prescription administrative peut s'en occuper, exactement comme dans les pays où l'exécutif n'était au début soumis à aucune limitation ; et le chef de l'exécutif n'a manifestement besoin d'aucun ordre. Si la loi intime aux organes une fois pour toutes l'ordre correspondant, c'est pour des raisons pratiques, et non point parce que c'est nécessaire, d'après le droit interne, pour *rendre possible* l'accomplissement du devoir. Et il en est exactement de même des *interdictions* adressées aux organes de l'Etat par le droit interne, qui transforment une interdiction du droit international en une interdiction de droit interne. Un traité d'extradition, par exemple, interdit de poursuivre l'extradé pour un délit autre que le délit d'extradition. Faut-il, d'après le droit étatique, une interdiction *législative* correspondante adressée aux organes de répression (3) ? Non, sans aucun doute, dans les Etats où les autorités à qui appartient la poursuite pénale peuvent à leur gré intervenir ou non contre les délits ; on pourrait se contenter ici aussi d'une instruction de service. Mais si le ministère public est obligé (comme il l'est d'après le § 152 du code pénal) de poursuivre tous les actes punissables, le traité provoquera alors une loi. Certes cette loi contiendra souvent l'*interdiction* de poursuivre dans la mesure prévue par

(1) Du moins d'après l'opinion dominante dans ce pays (communication amicale du professeur Streit, d'Athènes).

(2) Ou bien l'autorisation, accordée au chef de l'Etat ou à une autorité, de donner des instructions générales ou spéciales, en matière d'extradition.

(3) Je ne parlerai intentionnellement que plus tard des organes de la juridiction.

le traité. Cependant il n'est pas moins certain que, du point de vue du droit interne, seule serait *nécessaire* la dispense législative d'obéir au devoir régulier de poursuivre, c'est-à-dire l'*autorisation* de ne point poursuivre, dans la mesure où l'exige le traité (1) ; l'interdiction elle-même pourrait être abandonnée à l'instruction administrative.

*Quid* maintenant si le devoir imposé à l'Etat par le droit international ne doit pas être accompli par les organes de l'exécutif au sens strict du mot, mais par les *juges* ? Si l'Etat assume le devoir d'appliquer à certains faits, devant ses tribunaux, le droit étranger, de punir judiciairement des actes de ses sujets ou de ne pas punir les délits politiques des extradés, il semblerait nécessaire, d'après le droit interne, qu'une loi imposât le devoir correspondant au juge, lequel, dans un Etat de droit, est indépendant du gouvernement et « n'est soumis qu'à la loi ». Ce serait là la règle juridique internationalement indispensable, qui contiendrait un ordre ou une défense ! Mais si on regarde les choses de plus près, on s'aperçoit qu'ici non plus, l'ordre législatif n'est pas indispensable. En effet, pour écarter l'obstacle de droit interne qui s'oppose à l'accomplissement du devoir international — c'est là la tâche du droit « indirectement ordonné », — il suffirait d'*autoriser* le juge à appliquer le droit étranger dans les cas où il ne le peut pas sans une autorisation, à punir des délits qu'autrement il ne pourrait pas réprimer, à laisser libres des délinquants qu'autrement il devrait condamner. Mais, demande-t-on, l'ordre de rendre des jugements conformes au traité ne doit-il pas ici émaner de la loi, puisque l'instruction de service, dans la mesure où il s'agit d'appliquer du droit, paraît ne pas pouvoir être utilisée ? Je ne le pense pas. Seule serait ici indispensable, d'après le droit interne, une loi qui donnerait au « gouvernement » le droit d'adresser aux tribunaux, dans les cas mentionnés, des instructions générales ou spéciales. Une loi semblable serait inconcevable dans un Etat constitutionnel. Si donc malgré cela l'Etat donne à l'ordre qu'il adresse aux juges la forme législative, la loi, *dans la mesure* où elle contient l'ordre, n'est pas internationalement indispensable ; nous verrons que l'ordre législatif cor-

(1) Ou peut être aussi l'autorisation donnée à l'organe supérieur de l'Etat, de dispenser de cette poursuite l'organe subordonné.

respond à un tout autre motif qu'à celui de *rendre possible* l'accomplissement du devoir international.

Nous nous demandons enfin : *quid* des ordres que l'Etat adresse à ses *sujets*, pour des motifs de droit international, peut-être comme conséquence d'un traité ? Sans aucun doute, il est souvent obligé d'adresser des ordres de ce genre ; s'il donne à l'ordre ou à la défense la forme d'une loi, cette loi est naturellement du droit interne immédiatement ordonné. Par contre, je nie ici aussi qu'on doive considérer comme droit internationalement indispensable une loi de commandement ou d'interdiction, faite sans qu'existe un devoir spécial de *commander*. Cela paraît d'abord très singulier. Si l'Etat est obligé par le droit international de punir — non point de défendre sous une peine donnée, mais simplement de punir, — ne doit-il donc pas, en dehors de la loi pénale qui lui octroie le droit subjectif de punir, créer la norme (1) qui interdit l'acte à punir, — créer cette norme, si elle n'existe pas déjà dans son système juridique, l'y maintenir, si elle existe ? La punition n'est-elle pas impossible d'après le droit interne, sans une loi antérieure édictant une défense, puisque d'après le droit interne aucun acte ne peut être puni, s'il n'était pas interdit au moment où il a été commis ? Cela paraît irréfutable ; cela ne l'est cependant pas. Supposons d'abord que l'Etat, comme par exemple l'Empire Allemand, ait introduit dans son droit positif la règle « *nulla poena sine lege praevia* » en son sens étroit, c'est-à-dire qu'un acte ne puisse pas être puni, si la *loi pénale* n'existait pas déjà au moment où il a été commis. Or l'Etat est obligé, par un traité international, de punir à partir d'un certain jour certains actes, par exemple, la violation des lois douanières de l'autre Etat. Pour un motif extérieur quelconque, il n'édicte la loi pénale qu'après ce jour, mais il lui donne force rétroactive, en d'autres termes, il se donne à lui-même le droit subjectif de punir, et il donne à ses organes de répression l'autorisation de poursuivre et de punir même les actes pour lesquels aucune peine n'était prévue avant la loi. Je n'invente pas cet exemple ; je le tire de l'histoire de la législation de l'Empire. La loi du 17 juillet 1881, concernant la punition des actes faits en violation des lois doua-

(1) Je prends toujours ici « norme » dans le sens défini par Binding, « norme » étant opposé à « loi pénale ».

nières austro-hongroises, donnait expressément à ses dispositions force légale à partir du 1er juillet 1881, précisément parce que ses dispositions auraient dû être en vigueur à partir de cette date, d'après le devoir assumé dans le cartel douanier du 23 mai 1881. Ainsi, le principe « *nulla poena sine lege poenali* » était écarté par une loi spéciale, et il n'y a aucun doute que l'Empire pouvait maintenant, d'après le droit d'Empire exécuter,son devoir international. Cela ne solutionne certes pas encore notre question. Car on a avec raison fait valoir, contre les objections que pouvait soulever cette manière de procéder, que, dans les cas en question, on a bien écarté le principe du § 2 du code pénal, mais qu'on n'a point écarté le principe inattaquable, d'après lequel peut seule être punie la violation d'une « norme ». La norme en effet, grâce à la publication antérieure du cartel douanier dans la feuille officielle de l'Empire, avait été en vigueur dès le début de juillet (1). Mais supposons maintenant que le cartel douanier n'ait été publié qu'en même temps que la loi pénale, que, par suite, la norme n'ait pas été en vigueur avant cette loi. La loi pénale, dans la mesure où elle se donnait « force rétroactive », aurait-elle été nulle ? Certainement non, si on ne place pas la morale au-dessus du droit. Sans aucun doute, cette manière de procéder serait hautement condamnable, même au point de vue international ; on ne pourrait la justifier d'aucune manière. Mais on ne doit pas s'illusionner sur le fait que, du point de vue formel, la loi *suffirait*, pour *rendre possible*, en droit interne, l'exécution du devoir international. L'existence de la norme au moment où le fait est accompli est indispensable aux points de vue moral et politique, mais non au point de vue du droit interne. Si cela est exact, on doit être autorisé à en tirer cette conséquence : l'introduction d'une norme n'est pas la condition de droit interne, sans laquelle l'Etat ne peut pas remplir son devoir international de punir ; il n'y a d'absolument indispensable que la loi pénale, dans la mesure où elle crée le droit pénal. Sans doute, partout où la règle juridique est obligée de punir, elle créera aussi la norme ; mais non point parce qu'autrement elle serait *juridiquement incapable* de punir ; c'est seulement parce que des considérations politico-juridiques lui interdisent de punir quelque chose qui

(1) V. ci-dessus, p. 399, n. 1.

n'était pas défendu. On aboutit encore ici à la même constatation : l'ordre et l'interdiction ou bien sont immédiatement ordonnés par le droit international, ou bien ne sont pas internationalement indispensables, au sens que nous attachons à cette expression (1).

Le résultat, important, comme nous le verrons, de nos recherches devrait, par suite, être formulé de la façon suivante : *les règles du droit interne, qui consistent en ordres ou en défenses adressés soit aux sujets soit aux organes de l'Etat, sont ou immédiatement ordonnées par le droit international ou internationalement irrelevantes. Elles ne sont jamais « internationalement indispensables ». Car la règle juridique internationalement indispensable a nécessairement pour contenu une autorisation* (2).

(1) En fait, les choses se présentent ainsi : le plus souvent, le devoir de punir est un accessoire du devoir de protéger des biens juridiques ; v. en particulier ci-dessus, p. 335 sq. Alors, la norme est immédiatement ordonnée ; comp. p. 342. Si tel n'est pas le cas, par exemple si on promet de punir les délinquants qu'on ne peut pas extrader, ce qui est dit au texte s'applique. On édicte naturellement aussi la norme : seulement, elle est *internationalement* indispensable.

(2) Il en est du contenu du droit *contraire au droit international*, pour en dire brièvement quelques mots, comme du droit conforme au droit international : c'est facile à démontrer. Comme le droit *immédiatement* contraire au droit international viole le devoir qui s'impose directement à l'Etat de s'abstenir de créer du droit, tout contenu juridique concevable peut former le contenu de cette catégorie. Au contraire, le contenu possible du droit qui n'est qu'*indirectement* contraire au droit international est, au point de vue de sa forme, exactement déterminé par le concept même de ce droit. Puisque nous appelons « indirectement contraire au droit international » le droit qui forme pour l'Etat un obstacle de droit interne s'opposant à ce qu'il remplisse ses devoirs internationaux, puisque ce droit *doit* être écarté pour que l'Etat puisse adopter la ligne de conduite ordonnée par le droit international, le contenu de ce droit ne peut donc consister qu'en *ordres* adressés aux organes de l'Etat, commandements de faire quelque chose de contraire au droit international ou interdictions de faire quelque chose de conforme au droit international. Mais il ne peut pas consister en *autorisations*, car celles-ci ne provoquent pas nécessairement l'apparition de ce qui est interdit par le droit international. On ne peut pas qualifier d' « indirectement contraire au droit international » la disposition de la Constitution des Etats-Unis (art. 1, sect. 8), qui accorde au congrès le droit de délivrer des lettres de marque et de représailles ; car il n'est pas absolument démontré, qu'il sera, une fois seulement, fait usage de l'autorisation d'accorder une concession de cette sorte, considérée aujourd'hui comme contraire au droit international. Mais on reprocherait justement d'être indirectement contraire au droit international à une loi douanière, qui imposerait à des marchandises provenant du territoire d'un Etat contractant des taxes douanières plus élevées que celles qui ont été stipulées ; car la loi douanière n'accorde pas seulement aux autorités douanières le droit, elle leur

On aperçoit maintenant ce qu'il faut penser de la proposition doctrinale que la plupart des auteurs présentent comme un axiome : tout traité international « empiétant sur le domaine de la législation » ne peut avoir une « efficacité de droit interne » qu'après un « *ordre d'exécution* » *législatif* (*gesetzliche Befolgungsbefehl*) adressé aux sujets ou aux autorités (1). Cette opinion est fausse dans tous les sens. Car on ne *peut* jamais ordonner aux *sujets* de se conformer au *traité*, puisque celui-ci doit être exécuté par l'Etat seulement au moyen d'actes législatifs ou exécutifs. A l'égard des *autorités*, il n'y a jamais besoin d'un ordre *législatif*. Sans doute il faut souvent faire une loi qui donne un ordre, si le devoir qui résulte du traité consiste dans le fait même de donner un ordre ; mais alors l'ordre n'est pas destiné à exécuter le *traité* — puisque l'*Etat* l'a déjà exécuté en donnant l'ordre ! Cette phrase a conduit, de plusieurs côtés, à des conséquences erronées ; elle apparaît comme le seul obstacle qui empêche de solutionner des questions pratiques et importantes.

impose le devoir de percevoir les droits conformément aux tarifs. Pour le droit *indirectement permis*, il suffit de renvoyer à ce qui a été dit ci-dessus, p. 380.

(1) Surtout, Laband, *Staatsrecht*, 3ᵉ édit., I, p. 598 sq., 627 sq., et, se rapprochant étroitement de lui, Seligmann, *Abschluss und Wircksamkeit der Staatsverträge*, p. 7, 9 sq., 59, 62 ; mais aussi Zorn, *Zeitsch. f. d. gesam. Staatswiss.*, XXXVI, p. 10, etc... ; *Staatsrecht*, 2ᵉ édit., I, p. 499, n. 6 ; Jellinek, *System*, p. 311 ; v. Stengel, *Staatsrecht des Königreichs Preussen*, Fribourg et Leipzig, 1894, p. 571 ; Heilborn, *System*, p. 71. V. aussi Ulmann, p. 154. — Il est manifeste que la plupart de ces écrivains s'inspirent de la pensée si fortement mise en relief, notamment par Laband, que la loi consiste essentiellement en un *ordre*. V. notamment Seligmann, *op. cit.*, p. 209, n. 1. Je ne veux pas combattre ici cette opinion. Serait-elle exacte, encore dans notre hypothèse la seule chose qui aurait une importance internationale serait, non point l'ordre, ou plutôt le *devoir* accompli grâce à lui, mais le droit qui s'oppose à ce devoir. — Quand Laband, *op. cit.*, p. 599, dit : « non seulement les autorités des différents Etats ne sont pas obligées d'exécuter un traité, mais encore elles n'*ont pas le droit* de prendre ce traité pour guide de leur activité fonctionnelle, tant que... elles n'ont pas reçu l'*ordre* d'agir conformément au traité », cette phrase n'est manifestement exacte que si on y remplace le mot « ordre » par celui de « permission ». Dans le passage en question, il est vrai, Laband parle d'ordre émané non de la loi, mais de la prescription administrative ; abstraction faite de ce que la théorie n'est pas davantage juste en ce qui concerne celle-ci, elle doit cependant, d'après tout le contexte, viser aussi la loi. Elle est d'ailleurs prise en ce sens par Seligmann, *op. cit.*, p. 12, 15, 60.

## III

Si les recherches précédentes sont exactes, elles doivent être vérifiées et complétées de deux manières. On doit d'abord démontrer, d'après le droit positif, que souvent l'Etat répond à un *ordre du droit international* par une simple *autorisation du droit interne*. D'un autre côté, dans les cas où il se départit de cette pratique et où il adresse des *ordres* aux autorités ou aux citoyens, on doit prouver qu'il est déterminé par d'autres motifs que l'intention de rendre possible l'accomplissement d'un devoir international. Ces deux démonstrations ne sont pas difficiles.

Le traité oblige l'Etat à accorder une garantie pour un emprunt, ou à quelque chose de semblable ; la loi d'exécution n'ordonne pas de garantir, mais elle autorise le gouvernement à garantir (1). D'après un traité, des subsides doivent être payés à une entreprise de transport ; la loi autorise le paiement (2). Dans beaucoup de cas, l'Etat est obligé de punir des délits commis à l'étranger : qu'on songe notamment aux délits de ceux de ses fonctionnaires, qui se trouvent à l'étranger et qui y jouissent de l'exterritorialité : la loi abandonne l'*action* pénale à la libre appréciation des autorités (3). L'acte antiesclavagiste oblige

(1) Comp. la convention passée entre les Grandes Puissances, sauf la Russie, pour la garantie d'un emprunt de la Commission européenne du Danube du 30 avril 1868 (M. N. R. G., XVIII, p. 153) et la loi de la Confédération de l'Allemagne du Nord du 11 juin 1868 ; la Convention passée entre les Grandes Puissances pour la garantie d'un emprunt de l'Etat égyptien, du 18 mars 1885 (*R. G. Bl.*, 1886, p. 302 ; M. N. R. G.², XI, p. 94) et la loi d'Empire du 14 novembre 1886 ; l'Acte général de la Conférence de Samoa du 14 juin 1889 (M. N. R. G.², XV, p. 571), art. 3, sect. 2 et la loi d'Empire du 6 juillet 1890, art. 2. — Je ne m'explique pas clairement ce que Kaufmann, *Internat. Recht der egypt, Staatsschuld*, p. 158, entend, quand il dit que, par les lois de ce genre, le droit interne *oblige* les *autorités* et les *citoyens* des Etats à assumer la garantie ».

(2) V. la Convention entre l'Empire Allemand, la Suisse et l'Italie, sur le chemin de fer du St-Gothard, du 28 octobre 1871 (*R. G. Bl.*, p. 376 ; M.N. R. G., XIX, p. 103), et la loi d'Empire du 2 novembre 1871. Si la Convention sur le même objet, du 20 juin 1870, avait été ratifiée, on devrait mentionner aussi la loi de la Confédération de l'Allemagne du Nord du 31 mai 1870.

(3) V. des renseignements dans v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, I, p. 78, n. 12. — Je suis complètement d'accord avec Binding (*Handbuch*, I, p. 404 sq.) pour condamner le principe d'opportunité qui sert de base au § 4 du code pénal ; mais je ne pense cependant pas que l'Empire Allemand se

indubitablement à punir la capture et le commerce des esclaves, même si ces délits sont commis à l'étranger ; la loi d'Empire du 28 juillet 1895 se contente de déclarer la poursuite possible (1). L'expulsion des étrangers est, en beaucoup de cas, comme nous l'avons vu, l'objet d'un devoir international ; les lois d'Etat, ou bien se taisent complètement sur ce point et s'en rapportent à la police des étrangers, qui jouit d'une autorisation implicite, du soin d'éloigner à sa guise les étrangers, ou bien, si elles parlent formellement des étrangers, elles ne lient pas les mains à l'exécutif (2). Les lois d'extradition sont toutes, même quand il y s'agit d'une extradition ordonnée par un traité actuel ou futur, des simples lois d'autorisation (3). Inversement : il est inadmissible en droit international, qu'on poursuive pénalement les personnes qui jouissent de l'exterritorialité ; cependant on ne trouve pas partout, dans les lois, l'interdiction absolue correspondante ; parfois on ne trouve que l'ordre de prendre l'avis du ministère de la justice avant de poursuivre, — c'est le ministère qui décide si on doit intenter la poursuite ou non (4). On pourrait sans peine multiplier les exemples.

Mais d'un autre côté, il arrive assez fréquemment que la loi ne se contente pas de donner l'autorisation internationalement indispensable et qu'elle y ajoute un ordre ; qu'au lieu de convertir le devoir de l'Etat en droit des organes, elle répercute les devoirs de l'Etat ou crée en dehors d'un droit des organes un devoir des sujets ; il y a à cela des motifs d'ordre très divers (5). Nous

soit, par là, « mis en mauvaise posture » en ce qui concerne les délits commis à l'étranger par des Allemands qui y jouissent de l'exterritorialité (p. 404, n. 8). Car, dans tous les cas, la punition est assurée par le « peut » (« *kann* ») ; quand c'est nécessaire pour satisfaire à des réclamations internationales, l'administration judiciaire peut, à tout moment (au pis aller, en mettant en œuvre le contrôle de l'Empire, *Reichsaufsicht*, v. ci-dessus, p. 368 sq.), transformer ce « pouvoir » en une « obligation ».

(1) § 5, rapproché du code pénal, § 4, al. 2, n° 1. — Au sujet de la constion facultative du § 3 de cette loi, v. ci-dessous, p. 419, n. 1.

(2) V. les lois citées dans v. Martitz, *op. cit*, I, p. 29, n. 28-32.

(3) Comp. *Id.*, p. 451, n. 69, et lois belges du 1er octobre 1833, art. 1, et du 15 mars 1874, art. 1 ; loi néerlandaise du 13 août 1849, art. 16 ; règlement luxembourgeois du 31 décembre 1841, art. 1, et loi du 13 mars 1870, art. 1 ; loi argentine du 20 août 1885, art. 1 (v. Martitz, II, p. 802) ; loi péruvienne du 17 octobre 1888, art. 1 (*Id.*, p. 807) ; loi fédérale suisse du 22 janvier 1892, art. 1, 16.

(4) Ainsi, le code pénal du royaume de Saxe, des 11-13 août 1855, art. 4, 7 (= code pénal révisé du 1er octobre 1868, art. 4, 7).

(5) Je ne tiens pas compte naturellement des erreurs que peut assez souvent commettre le législateur sur l'étendue de son devoir de créer du droit.

avons déjà parlé de quelques-uns de ces motifs. Des considérations de morale ou de bon sens déterminent l'Etat à créer la norme au plus tard en même temps que la loi pénale, même quand il doit seulement punir sans avoir besoin d'interdire. Des considérations d'ordre pratique font apparaître comme sage de ne pas faire dépendre l'accomplissement futur des devoirs internationaux de la conception que peuvent accidentellement se faire les hommes d'Etat du sens et de la portée des prescriptions du droit international. Mais surtout il importe beaucoup que l'Etat ait soin de déterminer régulièrement par des dispositions législatives ou administratives la mesure dans laquelle ses organes agiront ou s'abstiendront, dans les matières où il doit se conduire conformément au droit international. S'il a l'habitude, par exemple, de déterminer législativement dans quelle limite et de quelle manière ses *tribunaux* doivent agir, il sera, par ce fait seul, enclin à suivre le même système, dès lors que son devoir international consiste à exercer ou à ne pas exercer son pouvoir judiciaire (1). Mais dans les matières administratives, au sens étroit du mot, il recourra volontiers aussi à l'ordre législatif, quand l'autorité de l'attitude de laquelle il s'agit jouit dans l'organisation administrative d'une plus ou moins grande indépendance à l'égard du gouvernement. Qu'on pense à la commune, en tant qu'organe de l'Etat ; cela constituerait peut-être une modification tout à fait fâcheuse dans l'organisation, que la loi provoquée par le droit international, au lieu de donner un « ordre d'exécution », donnât au gouvernement l'autorisation de procéder par une instruction administrative dans chaque cas déterminé. Et ceci est vrai, dans une plus grande mesure encore, quand l'Etat, par suite de ses institutions constitutionnelles, s'en remet, pour l'exécution de ses devoirs internationaux, à l'activité des *communautés autonomes* qui lui sont incorporées, quand, par exemple, l'Etat fédéral s'en remet à l'activité des organes des *Etats-membres*. L'ordre est tout particulièrement indiqué ici, au lieu d'une simple autorisation, pour éviter des modifications compliquées de compétence. Et

(1) Il *interdit* que la juridiction s'exerce sur les personnes jouissant de l'exterritorialité (loi d'organisation judiciaire, § 18), qu'on punisse pour d'autres délits que le délit d'extradition (loi bavaroise du 16 mai 1868). Quand il s'en rapporte au bon plaisir du ministère public du soin de poursuivre les délits commis à l'étranger, il ne modifie en rien le *devoir de punir* du juge.

on voit ici en pleine lumière ce qui n'a pas pu encore ressortir si clairement de nos précédentes explications (1) : quel rôle important doit jouer l'ordre, adressé à des organes de l'Etat ou à des communautés, d'avoir à se comporter conformément au droit international. Il constitue — non point certes seul, mais en grande partie — la tentative faite par l'Etat de mettre sa responsabilité internationale à couvert, dans les cas où, d'après l'agencement régulier de ses compétences, il est exposé à une responsabilité internationale du fait de facteurs relativement indépendants. De tout ceci, il résulte une règle, *qui est cependant soumise à de nombreuses exceptions* : dans la « transformation » du droit international en droit interne, la loi se contente de donner des *autorisations*, quand il s'agit de la conduite soit du « gouvernement » lui-même, soit des organes exécutifs qui, faisant partie de la hiérarchie administrative, sont étroitement subordonnés au gouvernement ; elle y ajoute « l'ordre d'exécution », vis-à-vis des *tribunaux*, des *communautés autonomes*, des *Etats-membres* de l'Etat fédéral.

Mais on ne doit jamais oublier que l'Etat, par toutes ces lois d'ordre, se lie plus qu'il n'est absolument indispensable, et souvent plus solidement qu'il n'est désirable. Car tout devoir imposé par la loi à un organe de l'Etat constitue un assujettissement de l'Etat lui-même, et qui ne peut être modifié que par la voie législative. L'Etat perd ainsi la faculté de modeler sa conduite sur les changements qui s'opèrent dans la vie internationale ; il en est tout à fait différemment avec les lois qui comportent une simple autorisation. Et l'on voit combien l'Etat a conscience de cette situation dans l'effort qu'il fait pour enlever, à l'aide de règles juridiques particulières, et en vue précisément de ces changements, sa rigidité à la loi d'ordre dont il ne veut pas se passer pour des motifs d'organisation. Il oblige par exemple, conformément aux principes du droit international, à poursuivre ou à punir, mais il ajoute immédiatement qu'on doit attendre la requête correspondante de l'étranger (2),

(1) Comp. ci-dessus, p. 347, 356, 363, 366 sq.

(2) V. par exemple code pénal, §§ 102, 104 ; loi fédérale suisse sur le code pénal fédéral du 4 février 1853, art. 42, etc... On peut aussi placer ici le § 4, al. 2, n° 3 du code pénal, puisque ce § 4 impose le devoir, non point certes de poursuivre, mais de punir sur dépôt d'une plainte. Comp. *Entsch. des Reichsgerichts in Strafs.*, XVI, p. 216 sq. — La nécessité de la requête, d'après le § 17 des différents cartels douaniers de l'Empire avec

ou, qu'avant la décision, on doit prendre les ordres d'une haute autorité administrative (1). Mais on aperçoit surtout ici le rôle important que jouent la *clause de réciprocité* et celle de *rétorsion*. Elles sont en beaucoup de matières un moyen politiquement indispensable de paralyser le dommage qui pourrait résulter pour l'Etat de ce qu'il s'est lié lui-même par une loi — la première, en faisant dépendre l'exécution du devoir de la condition que l'étranger a pris les devants, la seconde, en donnant à l'organe assujetti ou à un organe supérieur l'autorisation d'arrêter l'exécution du devoir dans un but de revanche (2).

l'Autriche-Hongrie a été prévue par le droit international : elle n'appartient donc pas à cet ordre d'idées.

(1) Comp. par exemple le code pénal du royaume de Saxe, du 11-17 août 1855, art. 6, rapproché des articles 120 sq., 124, 139 sq. ; la loi suisse citée dans la précédente note, art. 44, etc...

(2) V. pour la *première*, entre autres exemples, code pénal, §§ 102, 103 ; pour la *seconde*, la disposition de l'art. 14 du code pénal bavarois du 10 novembre 1861. — Il est d'ailleurs très important de remarquer que l'Etat, même quand il est internationalement *obligé* d'édicter des lois d'ordre, essaie fréquemment de se réserver, quand il les édicte, une porte de sortie, pour pouvoir *immédiatement* répondre à une attitude des autres Etats contraire au droit international. Abstraction faite des clauses expresses de réciprocité et de rétorsion, rentrent encore dans cet ordre d'idées de nombreuses lois pénales par blanc-seing, dirigées notamment contre la « violation de neutralité », et qui abandonnent à un règlement ultérieur le soin de déterminer la norme ordonnée par le droit international ; v. sur ce point Lammasch, *Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss.*, III, p. 408 sq. On permet par là à l'organe qui a le pouvoir réglementaire ou bien de ne pas édicter la norme de protection, ou bien, en vue de représailles, etc..., de la modifier ou de l'abroger. En outre, l'Etat est certainement obligé, d'après le droit international, d'interdire la confiscation de la propriété privée dans la guerre sur terre. Mais la plupart des Etats interdisent seulement le butin « arbitraire » et ils accordent par là à l'autorité militaire (et souvent même expressément) le droit (qui ne peut être limité que par voie d'instruction) d'autoriser le pillage. Comp. notamment *Preuss. Allgem. Landrecht*, I, 9, § 197 (le tribunal supérieur a justement décidé, dans le procès des héritiers de Blücher, que, d'après cette disposition, le commandant des troupes a le droit de faire personnellement et pour lui-même du butin ; *Enstch.*, LIII, p. 49 sq., *Striethorst's Archiv*, LIII, p. 316 sq.) ; loi pénale militaire autrichienne, du 15 janvier 1855, §§ 264, 492, etc... Quand le code pénal militaire, § 128, interdit de prendre arbitrairement comme butin des choses « *qui sont en soi soumises au droit de butin* », ces mots constituent moins un renvoi aux prescriptions du droit international, qu'elles n'abandonnent à l'autorité militaire le droit de déterminer quelles choses sont susceptibles d'être prises comme butin, et, notamment, de pouvoir user de représailles et de rétorsion. Comp. les motifs dans les *Drucks. d. Reichstags*, 1. *Leg.-Per. III. Sess.*, 1872, I, n. 5, p. 106. V. aussi

## IV

Les recherches que nous avons faites dans les paragraphes précédents nous fournissent une règle importante pour répondre à la question que nous devons maintenant élucider : quel contenu l'Etat a-t-il voulu donner au droit conforme au droit international, quand il n'a pas expressément formulé celui-ci lors de son apparition ? De même qu'on doit présumer que l'Etat veut créer, dans chaque cas particulier, tout le droit *dont il a besoin* pour l'accomplissement de ses devoirs internationaux, de même doit-on présumer (cette seconde présomption est aussi certaine que la première est importante) que, lorsqu'il crée du droit, il ne veut pas se lier, en faveur de l'étranger, *plus qu'il ne doit.* Si donc la loi d'autorisation lui suffit, on doit, dans le doute, admettre qu'il n'a voulu faire qu'une loi d'autorisation ; et on ne doit se départir de cette hypothèse que quand, d'après l'organisation administrative, on doit s'attendre à une loi d'ordre. Cela est surtout important pour résoudre la question de savoir quel contenu matériel-juridique possède le droit interne créé par la simple publication d'un traité. Je nie résolument dans ce cas, que, du *texte seul* du traité, qui impose des devoirs à l'Etat, on doive conclure à la volonté du législateur d'imposer à ses organes les devoirs de droit interne correspondants.

D'un côté, j'admets bien que, dans le doute, la publication « législative » d'un traité, qui prescrit aux *tribunaux* de l'Etat une certaine ligne de conduite, a pour but de faire naître pour le juge le devoir légal de suivre cette ligne de conduite. Si donc le traité exige l'application, dans un jugement, d'un droit spécialement indiqué (1), ou la confiscation des instruments du

Loening, *Verwaltung des Generalgouvernements im Elsass*, Strasbourg, 1874, p. 115 sq. — C'est pour des considérations semblables qu'on n'a pas étendu les sévères dispositions répressives du code pénal militaire, § 134, contre les détrousseurs de cadavres au dépouillement de l'ennemi mort sur le champ de bataille ; l'accomplissement de ce fait n'est punissable que d'après le § 139, au titre de butin arbitraire ; il peut donc être permis. Comp. les motifs, *op. cit.*, p. 110. V. aussi le *foreign enlistment act* anglais de 1870, sect. 8 (« *without license of Her Magesty* »), etc... — Ce serait une grave erreur d'admettre que ces dispositions sont contraires au droit international. Sous l'empire de ces dispositions, on peut *toujours* accomplir le devoir international.

(1) Comp. les dispositions de droit privé international des traités de l'Empire Allemand avec la Russie du 31 octobre-12 novembre 1874 (*R. G.*

délit (1), ou l'emploi de formes déterminées pour la convocation ou l'interrogation de consuls pris comme témoins (2), ou bien s'il interdit de punir les délinquants extradés pour des délits autres que ceux qui ont servi de base à l'extradition ou qui sont prévus dans le traité (3), ou d'importuner les témoins convoqués de l'étranger (4), ou d'appliquer un séquestre, ou bien s'il limite la libre reconnaissance de l'authenticité des actes publics étrangers (5), — j'estime que, par la publication du traité, les *ordres* ou les *interdictions* légaux conformes au traité sont adressés au tribunal — abstraction faite de ce que le traité se propose déjà de fonder des droits et des devoirs subjectifs. J'aboutis à la même conclusion, quand l'acte que le traité oblige à accomplir, ne peut l'être, d'après les règles d'organisation étatiques, que par les *communautés autonomes* incorporés à l'Etat, par exemple, les communes. Et j'aboutis enfin à une conclusion semblable, quand l'*Etat* fédéral publie « sous forme de

*Bl.*, 1875, p. 136), art. 10 ; avec la République Sud-Africaine du 22 janvier 1885 (*R. G. Bl.*, 1886, p. 209), art. 25, etc...

(1) Acte antiesclavagiste, art. 59, à propos des bateaux négriers séquestrés « en faveur de celui qui les a découverts ». — La loi d'Empire du 28 juillet 1895, § 3, déclare bien que la confiscation n'est que facultative. Mais si l'on admet que, par la publication antérieure du traité, la confiscation a été rendue obligatoire — ce qui est d'ailleurs admis dans l'exposé des motifs du projet de loi, — on doit dire que la loi ne voulait pas déroger à une *lex specialis* antérieure, dans la mesure où celle-ci exige la confiscation en faveur des croiseurs *étrangers* et dans la zone où s'applique l'acte antiesclavagiste. En ce sens, H. Seuffert, *Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss.*, XVI, p. 575 sq. ; Engel, *Bestrafung des Sklavenhandels* (thèse), Göttingen, 1896, p. 49 sq. ; Fuld, *Archiv f. öff. Recht*, XI, p. 549. En sens opposé, — sans motifs décisifs — Scherling, *Bekämpfung von Sklavenraub u. Sklavenhandel*, Breslau, 1897, p. 78 sq.

(2) V. traité consulaire entre l'Empire Allemand et la Russie, du 8 décembre-26 novembre 1874 (*R. G. Bl.*, 1875, p. 145), art. 3.

(3) La jurisprudence reconnaît que le principe de spécialité, contenu dans des traités d'extradition publiés, est une « norme de droit » obligatoire pour le juge, et que la violation de ce principe peut motiver la « revision ». V. par exemple *Entsch. des Preuss. Obertribunals, Oppenhoff's Rechtspr.*, XX, p. 207 sq. ; *Entsch. d. Reichsgerichts in Strafs.*, XII, p. 381 sq. ; XVII, p. 52 ; XXIX, p. 270 sq. ; comp. aussi XXI, p. 180 ; XXVII, p. 126 sq., 413 sq. ; *Goltdammer's Arch.*, XXXVI, p. 405. — Pour l'Autriche, v. les décisions de la Cour de cassation, dans *Böhm's Zeitschr.*, VII, p. 462 sq.

(4) Comp. traité d'extradition entre l'Allemagne et la Suisse, du 24 janvier 1874 (*R. G. Bl.*, p. 113), art. 13, al. 2.

(5) Traité entre l'Empire Allemand et l'Autriche-Hongrie du 25 février 1880 (*R. G. Bl.*, 1881, p. 4).

loi » un traité dont l'exécution incombe aux organes de ses *Etats-membres*, qu'on doive entendre par là le « gouvernement », les autorités administratives ou les tribunaux. Il est ainsi certainement exact que la publication des traités d'extradition conclus par l'Empire Allemand, de ses traités douaniers, des traités dans lesquels il promet de poursuivre pénalement les délits commis à l'étranger (1), dans lesquels il s'engage à ne procéder à la naturalisation d'étrangers qu'avec l'assentiment de l'Etat d'origine (2), ou dans lesquels il promet de n'accorder l'atterrissage d'un câble que sous des conditions particulières (3), — il est exact, dis-je, que cette publication constitue un ordre législatif obligatoire pour les organes des Etats-membres, et que cet ordre ne peut pas être abrogé ou limité par la loi ou le règlement de l'Etat particulier (4).

Mais je ne fais pas un pas de plus. Quand le texte du traité exige que le *chef de l'Etat*, le « *gouvernement* », les organes du *pouvoir exécutif* dans l'Etat unitaire et les organes correspondants dans l'Etat fédéral, agissent ou n'agissent pas, rien ne nous force et rien ne nous autorise à voir dans la simple publication du traité la confection d'une loi édictant un ordre ou une interdiction. L'ordre législatif est superflu ; il lierait l'Etat plus étroitement que cela n'est nécessaire ; on ne doit donc pas admettre, *sans un motif particulier*, que l'Etat veut le donner.

Par suite la publication de ces traités dans la feuille officielle ne peut avoir que deux significations.

(1) Ainsi le traité d'extradition avec le Brésil du 17 septembre 1877 (*R. G. Bl.*, 1878, p. 293), art. 2, al. 2, le traité avec la Belgique du 29 avril 1885, pour la punition des délits commis en Belgique en matière forestière ou rurale, ou en matière de pêche ou de chasse (*R. G. Bl*, p. 251) transforment certainement le « peut » (*kann*) du § 4 du code pénal, en un « doit » (*muss*). Mais je ne soutiens cette opinion que pour le motif ci-dessus développé, et je ne la tiens pas pour si évidente, qu'on le dit habituellement dans la doctrine ; v. par exemple Binding, *Handbuch*, I, p. 405 ; H. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5e édit., Erlangen, 1895, p. 123, n. 40 ; Delius, *Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss.*, XVI, p. 276. En ce qui concerne le traité avec la Belgique, le § 6 du code pénal ne suffirait pas pour rendre la poursuite légalement obligatoire du fait seul de la conclusion du traité.

(2) Traité d'amitié avec la Perse, du 11 juin 1873 (*R. G. Bl.*, p. 351), art. 17.

(3) Traité international des câbles (v. ci-dessus, p. 279, n. 1), art. 3.

(4) En ce qui concerne les traités de la Confédération suisse, comp. entre autres, *Entsch. des Bundesgerichts*, VIII, p. 443.

Si l'exécution du traité n'est pas possible sans une autorisation donnée par la loi à l'exécutif, la publication créera alors, selon ce que nous avons déjà observé, *la loi d'autorisation* internationalement indispensable. Le « doit » (*soll*) du texte du traité devient le « peut » (*kann* ou *darf*) de la loi. Il en est ainsi quand le traité exige que des paiements soumis à une autorisation législative soient effectués (1) ou que des actions pénales pendantes soient arrêtées. Mais alors, deux choses sont toujours possibles : ou bien la loi ainsi créée accorde immédiatement l'autorisation nécessaire à *tous* les organes intéressés de l'exécutif, ou bien elle accorde seulement au chef de l'Etat l'autorisation d'adresser les ordres d'exécution correspondants aux organes subordonnés. On ne peut déterminer que cas par cas laquelle de ces deux hypothèses a été voulue par la loi.

Mais si les actes qu'exige le traité des organes de gouvernement ou d'exécution rentrent dans la catégorie de ceux que ces organes peuvent librement accomplir d'après le droit interne en vigueur, alors la publication du traité, dans le doute, n'a qu'une signification *énonciative*. Il ne viendra à l'idée de personne de dire que l'Empereur est législativement obligé d'accorder l'exequatur aux conseils américains conformément au traité consulaire du 11 décembre 1871 (2), parce que le texte du traité publié dans la feuille officielle de l'Empire contient cette obligation (3). Mais on ne devrait pas davantage soutenir que la simple publication de traités de commerce, dans lesquels le gouvernement de l'Empire s'engage à ne pas interdire des importations ou des exportations au détriment de l'autre partie,

(1) V. le traité supplémentaire entre l'Allemagne, l'Italie et la Suisse, relatif au chemin de fer du Saint-Gothard, du 12 mars 1878 (*R. G. Bl.*, 1879, p. 270), art. 2. On n'ira pas jusqu'à soutenir que le gouvernement de l'Empire est ici législativement *obligé* de payer la subvention, simplement parce que c'est dit dans le texte du traité. Si le traité avait été suivi d'une loi particulière d'exécution, comme le premier traité du Saint-Gothard (v. ci-dessus, p. 413, n. 2), cette loi n'aurait cependant contenu, exactement comme la première, qu'une autorisation de payer la subvention ! Cet exemple est particulièrement instructif.

(2) *R. G. Bl.*, 1872, p. 95.

(3) Si l'acte de navigation de l'Elbe du 23 juin 1831, dans lequel les contractants garantissaient l'entretien de certaines installations, a été publié dans les feuilles officielles des différents Etats, il ne s'est nullement formé par là un devoir de droit interne de l'Etat. Exact, *Entsch. d. Reichsgerichts in Civils.*, XXXVI, p. 183 sq.

doit imposer aux organes, à qui le droit douanier en vigueur accorde compétence pour prendre ces mesures prohibitives, l'*interdiction législative* correspondante au traité. La « force législative formelle » de ces traités serait, à mon avis, le dernier motif, qui nous obligerait à considérer comme nul en droit d'Empire le règlement impérial, du 4 juillet 1893, fait avec l'assentiment du *Bundesrath*, et prohibant l'exportation de la paille et des fourrages, bien qu'on ne puisse pas nier que ce règlement soit en contradiction avec plusieurs traités de commerce (1).

(1) La validité de ce règlement, si discuté, n'est admise que par Arndt, *Annalen des deutschen Reichs*, 1895, p. 181 sq., mais pour un motif autre que celui qui est mentionné au texte. Toute la doctrine, autant que je puisse le vérifier, séduite par le dogme de la « force législative formelle » des traités publiés, s'est prononcée contre la validité. V. not. Stoerk, *Archiv f. öff. Recht*, XII, p. 199 ; Laband, I, p. 636, n. 2 ; Heilborn, *Archiv. f. off. Recht*, XII, p. 199 ; v. Seydel, *Commentar*, 2e édit., p. 232 (Je peux faire abstraction de la question de droit constitutionnel, qui se pose ici, de savoir si le règlement a le droit d'interdire des importations et des exportations). — Mais on ne peut absolument pas comprendre que la « force législative formelle » du traité publié ait pour conséquence que désormais sont interdits au gouvernement des actes que n'interdisent ni le traité, ni le droit interne. Aussi Delius, *Böhm's Zeitschr.*, V, p. 529 sq., déclare nulles deux déclarations de réciprocité, par lesquelles le gouvernement de l'Empire accordait l'extradition à la Suisse pour de nombreux délits que ne prévoyait pas le traité de 1874 (v. *Böhm's Zeitschr.*, III, p. 467 ; *Goltdammers Archiv*, XLIII, p. 165), parce que l'extradition pour des délits non prévus dans un traité, est *interdite* ! De semblables erreurs sont assez fréquentes.

## § 17.

## La validité du droit interne conforme au droit international

Les lois internes fixent souvent en termes exprès la *date de leur entrée en vigueur*, la date où commence ce qu'on appelle « la force législative matérielle ». Si elles ne le font pas, des prescriptions subsidiaires, spécialement édictées, décident (1) ; en l'absence de prescriptions de ce genre, et s'il y a doute, on doit considérer le jour de la publication comme celui à partir duquel se développe l'efficacité de la loi (2). Il n'en est pas différemment des lois faites pour exécuter ou permettre d'exécuter des devoirs internationaux, ou basées sur une permission internationale. Certes, le fait que la satisfaction des réclamations internationales ne permet aucun ajournement (3) obligera parfois à abréger ce délai général ; peut-être même poussera-t-il à donner à la loi force rétroactive (4) ; inversement, si la loi est faite avant d'être nécessaire, il est probable que la date de son entrée en vigueur sera repoussée jusqu'au moment où elle sera ordonnée ou indispensable (5). Mais toutes les fois qu'on ne rencontre pas de dispositions de cette nature, expresses ou résultant de l'interprétation, ce sont les règles générales qui

(1) Comp. par exemple, Constitution d'Empire, art. 2 ; loi prussienne du 16 février 1874 ; loi autrichienne du 10 juin 1887, § 6, etc...

(2) V. pour plus de détails Dyroff, *Annalen des deutschen Reichs*, 1889, p. 872 sq.

(3) Comp. la loi d'Empire du 9 juillet 1895 concernant l'exécution du cartel douanier conclu avec l'Autriche-Hongrie, qui, parce que faite avec un retard considérable, décide, § 8, qu'elle entrera en vigueur du jour de la publication (v. ci-dessous, p. 428, n. 2).

(4) Comp. la loi d'Empire du 17 juillet 1881, § 1, concernant la punition des actes contraires aux lois douanières austro-hongroises (force rétroactive du 1er juillet 1881). V. ci-dessus, p. 409.

(5) V. la loi d'Empire du 4 mars 1894, concernant l'exécution du traité international pour la répression du commerce de l'alcool chez les pêcheurs de la mer du Nord, § 3 : « Cette loi entrera en vigueur en même temps que le traité international » (non encore ratifié à ce moment-là).

doivent décider, de sorte qu'une loi internationalement ordonnée peut entrer en vigueur après avoir été ordonnée, mais aussi avant de l'avoir été (1), et qu'une loi internationalement permise peut entrer en vigueur avant d'avoir été autorisée.

Tout cela doit s'appliquer dans les cas où la création du droit conforme au droit international résulte de la simple publication de l'acte du traité, soit avec, soit sans une loi ou un règlement d'introduction (2).

Si donc on ne trouve ni dans la formule de publication une indication sur la date d'entrée en vigueur de la loi, ni dans le traité une clause sur la date d'entrée en vigueur du traité (3), le droit conforme au traité entre en vigueur soit au jour de la publication, soit au jour fixé par les règles subsidiaires (4).

(1) En ce sens, Seligmann, *Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge*, p. 13.

(2) Les règles juridiques qui décident de la date d'entrée en vigueur des lois futures (v. ci-dessus, p. 423, n. 1), parlent parfois de façon tout à fait générale, de « publication » (*Erlassen*) — c'est le cas de la loi prussienne ci-dessus mentionnée — ou de « notification » (*Kundmachung*) — c'est le cas de la loi autrichienne citée ci-dessus ; — cela s'applique sans aucun doute aux traités publiés. On doit admettre cette interprétation, par exemple, en ce qui concerne l'art. 2 de la Constitution d'Empire.

(3) Comme dans le traité d'extradition entre l'Allemagne et la Suisse du 24 janvier 1874 (*R. G. Bl.*, p. 113). Il n'en est pas autrement, quand le traité spécifie que ses dispositions doivent entrer en vigueur « sans délai » (traité de commerce entre l'Empire Allemand et le Maroc du 1er juin 1890, — *R. G. Bl.*, 1891, p. 378, — art.7, al. 2), ou « être appliquées aussitôt que possible » (convention postale entre l'Empire Allemand et le Brésil du 30 septembre 1873 — *R. G. Bl.*, 1874, p. 85 — art. 20).

(4) A ce dernier point de vue cependant, la réponse n'est point si évidente qu'on le dit d'habitude. Si en effet le traité impose le devoir de créer du droit, et bien que ce devoir s'impose dès la ratification, on doit cependant accorder à l'Etat, pour l'exécuter, le temps nécessaire, pendant lequel peut être comprise une *vacatio legis* éventuelle. Heilborn, *Archiv f. öff. Recht*, XII, p. 162 sq. Mais ce que Heilborn ne voit pas, les traités n'imposent souvent que le devoir d'accomplir des actes qui rentrent dans le domaine de l'exécutif. Ce devoir aussi est né au moment de la ratification, si le traité ne spécifie rien d'autre. Comme je l'ai expliqué plus haut (p. 312, sq.), il ne peut être question ici que l'Etat ne se mette qu'*après* la ratification à se créer le droit interne que nécessite l'exécution de ce devoir ; il doit tenir ce droit assez prêt, pour qu'il puisse entrer en vigueur au moment de la ratification — ; ce n'est pas là une exigence arbitraire : il n'a qu'à ne pas ratifier avant. On pourrait bien se demander si, pour ces traités ou pour les clauses de ce traité qui rentrent dans cet ordre d'idées, on ne devrait pas admettre que la force obligatoire du droit interne internationalement indispensable ainsi créé, quand la publication a eu lieu après la ratification, doit remonter au moins au moment de la publication, si on ne la fait pas

C'est seulement dans le cas où la publication a lieu *avant* la ratification — ce qui n'est jamais le cas, chez nous, pour l'Empire — qu'on doit admettre que la force législative matérielle doit être ajournée jusqu'au jour de la ratification future.

Souvent les traités imprimés dans les feuilles officielles ou même les protocoles qu'on y joint (1) contiennent une disposition relative à la date à partir de laquelle le traité doit entrer « en vigueur ». Si le traité se propose d'obliger immédiatement les Etats signataires à créer du droit, la clause spécifiera en général que le *droit interne* ordonné doit *se trouver* en vigueur à l'époque fixée. Si en particulier le traité impose le devoir d'accorder des droits ou des devoirs aux sujets de l'autre Etat, la clause exige évidemment que ces droits *soient* accordés à l'époque déterminée (2). Et il n'est pas moins certain que, quand l'exécution du traité consiste en actes de l'exécutif, ces actes doivent être accomplis à partir du jour envisagé (3). Par suite, l'Etat est dans le premier cas, obligé, dans le second, contraint, de mettre en vigueur le droit conforme au traité au moment déterminé dans le traité. Mais comme la décision des facteurs législatifs s'étend au contenu entier du traité, que, par suite, l'approbation et la « sanction » du texte du traité comprennent aussi cette clause particulière, le législateur veut, au cas de doute — d'après les principes plus haut expliqués — non seulement créer tout le droit qui doit être créé d'après le traité, mais aussi donner efficacité au traité au moment où cette efficacité doit exister ou devient indispensable (4). Cela ne fait d'ailleurs aucune difficulté quand le moment indiqué dans le traité, que ce soit un jour déterminé ou un jour qu'on doive calculer

reculer jusqu'au jour de la ratification. Cela concorderait en tous cas avec le principe d'interprétation d'après lequel, dans le doute, l'Etat veut être fidèle au traité. Abstraction faite d'autres considérations, je n'admets pas cette opinion, parce que les lois subsidiaires, par exemple l'art. 2 de la Constitution d'Empire, ne s'appliquent qu'*autant qu'une autre date d'entrée en vigueur n'est pas spécifiée dans la loi publiée*. Ainsi, elles exigent incontestablement une disposition contraire *expresse*, et on ne rencontre pas une disposition semblable ici. Pour être correctes ces « lois-traités » *devraient* être publiées aussitôt après la ratification et la force obligatoire devrait leur être reconnue du jour de la publication !

(1) V. par exemple, *R. G. Bl.*, 1893, p. 320.

(2) Comp. Heilborn, *op. cit.*, p. 165.

(3) Ce que Heilborn, *op. cit.*, p. 165, passe sous silence.

(4) En ce sens, Heilborn, *op. cit.*, p. 166.

à partir de la ratification (1), est le même que celui de la publication (2), ou bien tombe pendant ou après la durée de la *vacatio legis* prévue. Dans tous ces cas, on doit considérer que le jour indiqué dans le traité est certainement celui auquel la loi fixe le commencement de la force législative matérielle. Mais il n'est point rare que la publication n'ait lieu qu'après le terme indiqué dans le traité (3). La règle de droit interne, qui ne doit être créée que par la publication, ne peut naturellement pas avoir d'efficacité avant cette publication. Mais la question se pose de savoir si, dans ce cas, la loi conforme au traité possède une force rétroactive. Question à laquelle il est absolument impossible de répondre par l'affirmative, uniformément et sans préciser (4). Certes, en même temps que tout le traité — et c'est ce sur quoi Heilborn insiste (5) — la clause de validité a été « étatiquement consentie » par les facteurs législatifs, le « législateur » a voulu (on peut admettre cela le plus souvent) que la loi entrât en vigueur au jour indiqué — à supposer que, jusque-là, la ratification soit intervenue. Mais, ici comme ailleurs, ce qui importe, ce n'est pas ce que le *législateur* a voulu ; c'est ce que veut la *loi* ; et puisque la volonté de la loi, en tant que telle, n'a aucune signification juridique avant d'avoir été exprimée, on doit se

(1) En ce cas, il est absolument nécessaire que la feuille officielle indique le jour de la ratification. C'est encore un grave défaut de la pratique suivie de préférence chez nous, que cette indication soit très souvent omise.

(2) Comp. art. 18 du traité d'extradition du 17 septembre 1877 entre l'Allemagne et le Brésil (*R. G. Bl.*, 1878, p. 293).

(3) Exemples : traité de l'Empire Allemand avec la Suisse du 27 avril 1876, *R. G. Bl.*, 1877, p. 3 (ce traité doit, d'après l'art. 11, être en vigueur au 1er janvier 1877, et il est publié le 12 janvier 1877) ; avec l'Autriche-Hongrie, du 23 mai 1881 (il doit, d'après l'art. 25, entrer en vigueur le 1er juillet 1881, il est publié le 2 juillet 1881). V. en outre les traités : *R. G. Bl.*, 1870, p. 547, 565 ; *R. G. Bl.*, 1881, p. 155, 171, etc... Comme chez nous la publication n'a généralement lieu qu'après la ratification, le retard est particulièrement fréquent pour les traités qui doivent entrer en vigueur le jour où s'échangent les ratifications (par exemple, accord entre le Danemark et l'Empire Allemand sur la suppression des taxes d'émigration du 5 février 1891 — *R. G. Bl.*, p. 346 — art. 5).

(4) Heilborn, *op. cit.*, p. 166 sq., ne mentionne qu'un exemple, pour lequel il soutient qu'il y a eu force rétroactive, mais il semble bien vouloir généraliser. Dans le cas qu'il cite, à savoir la publication du traité constitutionnel conclu avec la Bavière le 23 novembre 1870 (qui n'a été publié que le 31 janvier 1871), aucun doute n'est certes possible. Du reste, cet exemple ne rentre pas tout à fait dans notre hypothèse ; v. ci-dessus, p. 288.

(5) *Op. cit.*, p. 167.

demander ce que la loi veut au moment de sa publication, c'est-à-dire, ici : si et dans quelle mesure elle désire être appliquée pendant la période qui s'écoule entre le jour indiqué au texte et le jour de la publication,— question, pour le dire en passant, que d'habitude le « législateur » ne se sera absolument pas posée. D'où il résulte qu'on ne peut décider que cas par cas, et que la décision ne sera pas toujours la même pour toutes les parties du traité (1). D'un côté on doit toujours considérer qu'il y a présomption en faveur de la fidélité de l'Etat à son traité ; mais de l'autre, il ne faut pas attribuer à la loi quelque chose de déraisonnable, — et par suite les ordres et les interdictions qui résultent du traité n'ont certainement jamais force rétroactive (2). Mais il faut soutenir, en s'appuyant précisément sur la fidélité présumée de l'Etat à ses devoirs, que, dans les cas où on ne peut admettre la rétroactivité de la loi, sa force matérielle doit commencer au moins au jour de la publication (3).

Toute règle juridique étatique reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été abrogée par une règle ultérieure, ou jusqu'au mo-

(1) Toutes les dispositions d'une même loi n'entrent pas non plus toujours en vigueur en même temps. Comp. Laband, I, p. 549, n. 1.

(2) De même, quand la publication du traité a pour effet de créer la loi pénale, on n'accordera à cette loi aucune force rétroactive. V. aussi *Entsch. des Kassationshofs Wolfenbüttel*, *Seuff. Arch.*, XVIII, p. 166. — Ce qu'on appelle la force rétroactive des traités d'extradition et des autres traités de juridiction (par exemple, des traités sur l'exécution des jugements étrangers) n'est pas réellement une force rétroactive. Si on répond affirmativement à la question de savoir si un traité d'extradition doit être appliqué aux délits commis avant sa conclusion (ce qu'à mon avis on doit certainement admettre, quand il y a doute), la même présomption s'applique naturellement aussi à la loi interne qui se joint au traité.

(3) Si un traité, qui contient une disposition sur la date de son entrée en vigueur, est publié avant cette date, mais sans l'approbation nécessaire du Parlement (ainsi le traité de commerce austro-allemand du 16 décembre 1878, *R. G. Bl.*, p. 365), sa présentation ultérieure au Parlement et son approbation par la représentation populaire constituent — abstraction faite de l'octroi éventuel d'une indemnité — la présentation et l'acceptation d'une loi particulière, qui introduit le droit conforme au traité avec une force rétroactive. Mais cette loi a besoin, sans doute possible, d'être publiée, ce qui se fait sous la forme tout à fait insuffisante d'une proclamation par laquelle le chancelier de l'Empire notifie que l'approbation a eu lieu (v. *R. G. Bl.*, 1879, p. 11). Quand Heilborn, *op. cit.*, p. 197 sq., prétend que la publication est inutile, parce que la publication antérieure du *traité* constitue l'introduction d'une « loi-traité » « affectée d'une condition suspensive », à savoir l'approbation ultérieure du *Reichstag*, c'est certainement inexact. Un règlement nul ne peut d'aucune manière constituer une loi conditionnelle !

ment qu'elle-même a fixé pour la durée de sa validité. Pour le droit interne conforme au droit international, il n'y a non plus rien de particulier à dire. Même quand disparaît le rapport juridique international dont l'apparition avait motivé la création de la règle de droit interne, il n'est pas évident que cette règle cesse en même temps d'être en vigueur. Cela dépend toujours de la volonté de l'Etat, et l'Etat peut avoir un grand intérêt au maintien d'un droit à présent internationalement irrelevant ou même contraire au droit international (1). Mais en règle générale, la loi qui repose sur une *Vereinbarung* internationale spéciale — il ne peut s'agir ici que d'une *Vereinbarung* de ce genre — ne reste pas plus longtemps en vigueur que celle-ci (2). On doit admettre cette règle, et même sans une disposition expresse, quand la loi a trait à des rapports internationaux particuliers après la disparition desquels elle n'est plus susceptible d'application, — qu'on pense aux lois internes relatives aux institutions de l'ancienne Confédération Germanique, en tant que telle (3). Il en est de même, d'une façon générale, quand la

(1) En ce sens, Seligmann, *op. cit.*, p. 216 sq. — C'est surtout possible quand une loi était au début internationalement irrelevante et n'est devenue que plus tard droit ordonné ; v. ci-dessus, p. 282.

(2) Ou bien la loi se fixe une durée précise, concordante avec celle du traité (ainsi, par exemple, le règlement impérial concernant la limitation de la juridiction consulaire en Egypte, du 23 décembre 1875, § 7), ou bien elle dit simplement qu'elle restera en vigueur tant que durera le traité : ainsi, la loi d'Empire, souvent mentionnée, du 17 juillet 1881, § 1 : « pour la durée pendant laquelle subsistera *ce* cartel douanier. » Après l'expiration du cartel ainsi envisagé, la loi a certainement perdu sa force ; et cela ne pouvait rien changer, que le *nouveau* cartel contînt essentiellement les mêmes dispositions que l'ancien. V. *Entsch. d. Reichsgerichts in Strafs.*, XXVI, p. 321 sq. D'où, pour l'Empire, la nécessité de créer une nouvelle loi pénale, correspondante au nouveau cartel ; cette loi — provoquée, il est vrai, par la décision judiciaire ci-dessus mentionnée — parut le 9 juin 1895.

(3) Mais *seules* ces règles conformes au droit confédéral ont perdu *ipso jure* leur efficacité par suite de la disparition de la Confédération Germanique. (Je fais naturellement abstraction du droit interne irrelevant à l'égard du droit confédéral, mais basé sur l'existence de la Confédération ; comp. sur ces dispositions en droit saxon, Triepel, *Sächs. Archiv für bürger. Recht u. Prozess*, V, p. 322 sq.). Du reste, les actes et décisions de la Confédération contenaient de nombreuses règles juridiques, qui n'avaient rien à faire avec les institutions de la Confédération, qui auraient facilement pu naître même sans la fondation de la Confédération, et qu'on peut présumer lui avoir survécu. Rentrent encore aujourd'hui dans cette catégorie d'actes, par exemple, dans les rapports entre les Etats de l'Empire Allemand et l'Autriche (à mon avis) la décision confédérale du 26 janvier 1854, relative

loi se caractérise extérieurement comme constituant l'exécution d'un traité déterminé, et que, peut-être, elle n'est devenue parfaite que par la publication de ce dernier. On peut présumer ici que la volonté de la loi est de rester en vigueur exactement aussi longtemps, mais pas plus longtemps que le traité qui lui sert de base ; et cela est d'autant plus à présumer, quand, comme d'habitude, la loi n'a précisément été sanctionnée que sous la condition que le traité devienne internationalement parfait ; car si la règle de droit interne ne doit entrer en vigueur que quand le traité naît, elle doit probablement aussi cesser d'être en vigueur, quand celui-ci a perdu sa force. D'où il résulte que le droit interne conforme au traité expire toujours *ipso jure* quand le traité — *pour quelque motif que ce soit* — n'est plus obligatoire pour l'Etat. Le fait que le traité cesse d'être en vigueur est la condition résolutoire, voulue par la loi elle-même, de sa validité.

Ceci est hors de doute, au cas où le texte du traité publié contient une disposition sur la durée de validité du traité. Cette prescription devient, par la publication, une prescription législative (1). Peu importe qu'elle fixe elle-même une durée déterminée, ou décide que cette durée expirera au moment de la dénonciation, ou que peut-être même elle prévoie le maintien du traité au delà d'une certaine date au cas où le traité ne serait pas dénoncé et jusqu'à ce qu'il le soit. Dans ces deux derniers cas, la loi conforme au traité déclare aussi, fût-ce « tacitement », qu'elle cessera d'être en vigueur aussitôt après la dénonciation. Le droit de fixer le terme d'un traité n'est pas « délégué » au gouvernement (2) ; ce n'est pas non plus un décret

à l'extradition, et aussi les prescriptions des actes confédéraux sur les médiatisés. La conséquence de ceci pour le droit interne correspondant se déduit d'elle-même. C'est mal poser la question, sur ce point très débattu (v. les auteurs cités par G. Meyer, *Staatsrecht*, 4e édit., p. 716, n° 9), que de se demander, comme on fait la plupart du temps, si, après la disparition de la Confédération, les Etats avaient ou non la possibilité d'abroger le droit interne conforme au droit confédéral. Car ils avaient aussi cette « possibilité » (*können*) plus tôt ; — la question qui se pose seulement, c'est si cela leur était et leur est maintenant permis (*dürfen*). Il va de soi, en tout cas, que l'Empire n'est pas lié par ces prescriptions.

(1) En ce sens, Laband, I, p. 635 ; Seligmann, p. 217 sq. ; Heilborn, *op. cit.*, p. 181 sq.

(2) C'est ce que pensent Laband, *loc. cit.*, et, se joignant à lui, Stoerk, *Archiv f. öffentl. Recht*, IX, p. 35. En sens contraire, Seligmann, p. 218,

du gouvernement qui supprime la force de la loi ; mais la loi perd sa force, parce qu'elle-même veut disparaître quand le traité est dénoncé.

Même quand le traité a perdu toute efficacité pour des motifs extraordinaires, parce qu'une guerre a éclaté (1), ou parce qu'il a été prématurément abrogé par un recours à l'emploi de la contrainte internationale, la loi finit avec lui et en même temps que lui. Et ici aussi, cet effet se produit immédiatement, en vertu de la volonté contenue *dans la loi elle-même* (2), et non point en vertu d'une déclaration de volonté du chef de l'Etat, qui aurait reçu à cet effet une « délégation générale », comprise dans le droit qu'il a de représenter l'Etat à l'extérieur (3).

Mais si, dans un cas comme dans l'autre, la force exécutoire de la règle juridique étatique disparaît *ipso jure*, il en résulte que la déclaration authentique du gouvernement sur la fin du traité n'a pas une signification constitutive, et qu'elle est seulement déclarative (4). On ne peut pas nier cependant que ce soit un « grand désordre » quand chez nous, dans l'Empire, la notification ou bien n'est pas faite, ou bien n'a lieu que dans le *Cen-*

n. 1 ; Heilborn, p. 186 sq., mais ces deux auteurs n'appuient pas leur opinion sur un raisonnement complètement exact ; en particulier, je ne peux pas souscrire aux observations de Heilborn, au bas de la p. 189 et p. 190.

(1) Il est vrai qu'on discute la question de savoir, si et dans quelle mesure la guerre annule, ou suspend seulement ou respecte complètement les traités des adversaires. Je n'ai pas besoin d'étudier cette question.

(2) Ainsi Bornhak, *Preuss. Staatsrecht*, III, p. 28 ; Heilborn, p. 196 sq. ; Laband aussi, I, p. 636. En sens contraire, Seligmann, p. 218 sq. (ses observations pratiques sont peu démonstratives). — Quand on soutient que la législation est indépendante de la validité du traité, en s'appuyant sur ce que la loi ne peut pas être abrogée d'une manière différente de celle par laquelle elle a été créée, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas, dans un Etat constitutionnel, être abrogée unilatéralement par le gouvernement (v. not. Zorn, *Annalen des deutschen Reichs*, 1889, p. 378 ; *Staatsrecht*, 2e édit., I, p. 515 ; et Affolter, *Archiv f. öff. Recht*, VI, p. 401 sq.), on perd de vue que, dans le cas en question, c'est la loi elle-même qui veut être abrogée.

(3) Ainsi, Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 363. Se prononcent contre lui, Stoerk, *op. cit.*, p. 35 ; Heilborn, p. 198 ; Affolter aussi, *op. cit.*, p. 402 sq., mais avec un raisonnement bien singulier (v. contre ce raisonnement, Heilborn, p. 188).

(4) En sens contraire, Zitelmann, *Intern. Privatrecht*, I, p. 164, n. 43. — Zitelmann se trompe aussi à propos d'une autre question, très proche de celle-ci. Il pense (*eod. loc.*, p. 42) que l'adhésion du Monaco à la convention littéraire de Berne de 1886 ne signifie rien en droit fédéral, parce que pas publiée dans le *Reichsgesetzblatt*. Mais l'art. 18 de la convention dispose qu'une adhésion de cette sorte entraîne « de plein droit » « la participation à tous les avantages de la présente convention ». Cette disposition peu

*tralblatt* ou le *Reichsanzeiger* et non dans le *Reichsgesetzblatt* (1-2).

Comme toute loi, la loi conforme au droit international embrasse tous les faits auxquels se rapportent ses dispositions abstraites. Elle déploie son efficacité là même où, pour des raisons particulières, la production d'effets légaux ne devrait pas être conforme au droit international. Ainsi notamment l'application du droit interne ordonné *in abstracto* par le droit international est inévitable, même quand elle ne devrait pas être nécessaire du point de vue du droit international. Parfois cela n'imposera à l'Etat aucun sacrifice sensible ; mais cela conduit aussi souvent, peut-être même plus souvent, à une libéralité internationale inattendue. On peut parer à cela, soit en appliquant habilement la forme du blanc-seing à la loi (3) ; soit en prévoyant des clauses particulières, comme la réserve de réciprocité ou de rétorsion ; nous avons vu combien ces réserves étaient surtout désirables dans les règles juridiques qui renforcent l'autorisation internationalement indispensable d'un ordre adressé aux organes de l'Etat (4). Faute de ces réserves, on peut être obligé de fournir une prestation à l'étranger même quand il y renonce expressément (5).

Mais j'estime que nous ne devons pas attribuer cette efficacité à la loi interne qui résulte de la simple publication des traités dans la feuille officielle. Car, par cette procédure, le législateur a clairement exprimé que sa loi dépendait des obligations du traité. S'il est exact que le droit étatique conforme au traité ainsi créé ne peut pas rester en vigueur *plus longtemps* que le traité,

sans difficulté, en s'en référant à la publication, être interprétée comme une disposition du droit fédéral. Par suite, l'adhésion du Monaco a *ipso jure* entraîné une extension du domaine d'application de notre droit. Mais je ne veux pas par là plaider en faveur d'une pratique dans laquelle on s'abstiendrait d'une communication authentique !

(1) Laband, I, p. 636, n. 1. Comp. Heilborn, p. 190. En sens contraire, Ulbrich, *Lehrbuch des österr. Staatsrechts*, Berlin, 1883, p. 408 ; Tezner, *Zeitsch. für das Privat-und öff. Recht*, XX, p. 155 sq.

(2) En ce qui concerne l'influence des modifications de territoire sur la validité des traités et du droit conforme aux traités, v. surtout Seligmann, p. 225 sq. ; Tezner, *op. cit.*, p. 157 sq.

(3) V. ci-dessus, p.227 sq.

(4) Comp. ci-dessus, p. 417.

(5) Si, par exemple, la loi soustrait, sans aucune réserve, les étrangers qui jouissent de l'exterritorialité à la juridiction des tribunaux, la contrainte judiciaire ne peut pas s'exercer contre eux, même quand leur propre Etat consent à l'ouverture du procès. On sait que la question est discutée.

je considère qu'il ne doit pas produire des effets *plus forts* que celui-ci. Si donc, d'après ce qui a été dit plus haut, le « devoir » (*sollen*) du traité a été converti en une « obligation » (*müssen*) du droit interne, on doit lire, à côté de cette obligation, la limitation suivante, qui va de soi : dans la mesure où, d'après le traité dont il s'agit, la prestation conforme au traité constitue une obligation. L'exemple le plus important se trouve dans nos traités d'extradition. Ils prescrivent souvent que l'individu ne peut pas être poursuivi et puni pour un délit non prévu dans le traité. Nous avons vu que, par la publication du traité dans le *Reichsgesetzblatt*, l'interdiction qui correspond à cette prescription a été imposée au ministère public et aux juges. Si donc l'Etat où s'est réfugié le délinquant le livre pour un délit non prévu au traité ou s'il consent expressément à ce qu'il soit poursuivi devant les tribunaux repressifs, s'il renonce ainsi — et cela doit être déterminé pour chaque cas — à l'application de cette clause, l'interdiction cesse, parce qu'ici le droit de l'Empire n'a pas voulu limiter la compétence pénale plus étroitement qu'il ne serait internationalement nécessaire pour chaque cas qui se produirait sous l'empire du traité (1).

(1) Delius, *Goltdammer's Archiv*, XXXIX, p. 118, 124 ; XLVI, p.24 (v. aussi *Böhm's Zeitsch.*, II, p. 5 ; V, p. 530 sq.) soutient le contraire, en invoquant naturellement encore la « force législative » du traité. Ce qui importe pourtant en l'affaire, c'est ce que la loi veut ! — Les remarques faites au texte, qui n'ont trait qu'à l'interprétation des traités publiés « comme lois », ne se proposent naturellement pas de trancher l'importante question de savoir dans quelle mesure le juge est lié par les arrangements gouvernementaux relativement à l'extradition. Je ne veux évoquer de cette question que ceci, à savoir que, d'après l'opinion représentée par Delius, le juge pénal allemand est placé dans une situation beaucoup plus mauvaise que ne l'est le juge anglais, d'après la section 19 de l'*extradition act* de 1870, qui fait dépendre la possibilité de l'extradition simplement de la question de savoir comment, dans chaque cas, *the surrender is grounded*. V. aussi la loi bavaroise du 16 mai 1868 (est-elle encore en vigueur ?). De même un avantage considérable serait accordé au juge français, qui, du moins dans l'opinion qui domine de beaucoup dans la matière en question, est complètement lié par les ententes de l'exécutif (v. aussi ci-dessous, p. 435). Celui-là seul dira que cet état de choses nous est favorable, qui se laisse conduire, à l'égard du délinquant, par une sentimentalité mal placée, qui est malheureusement très répandue en cette matière.

§ 18

## Appendice. — L'Application du droit international devant les tribunaux internes.

On a exposé au cours de ce traité, et à des points de vue différents, dans quelle mesure les rapports du droit international avec le droit interne peuvent présenter de l'importance pour le juge national. Il reste à faire quelques remarques sur l'application du droit international lui-même par les tribunaux et, par là, à toucher à plusieurs questions si étroitement rattachées à notre principal sujet, que je ne les passerais sous silence qu'à regret.

On a soulevé la question de savoir si, d'une façon générale, le droit international est susceptible d'être appliqué dans les procès devant les tribunaux internes (1). Un doute n'est cependant pas possible. Certes, puisque le droit international, comme on l'a démontré, n'a affaire qu'aux rapports réciproques des Etats en tant que tels, et puisque les difficultés de droit international entre les Etats ne peuvent pas entrer dans la compétence des tribunaux nationaux (2), le droit international ne fournit jamais, pour les jugements de ces tribunaux, la norme de décision, en ce sens particulier que la prétention soulevée dans la requête devrait se baser d'une façon immédiate sur une règle du droit international (3). Les normes du droit interna-

(1) Par exemple, Mattersdorf, *Böhm's Zeitschr.*, II, p. 549, mais principalement au point de vue de savoir si le juge est *obligé* d'appliquer le droit international.

(2) Je fais naturellement abstraction du cas où un traité d'arbitrage international remet la solution du conflit à un tribunal national, comme le traité entre la France et le Nicaragua de 1879 l'a fait pour la Cour de Cassation française ; Renault, *Revue*, XIII, p. 22 sq. Ce n'est pas alors en tant que tel que le tribunal national dit le droit. — Quand un tribunal national doit décider entre le fisc national et le fisc étranger — on discute d'ailleurs si c'est possible — il s'agit toujours d'un conflit de droit privé, et non d'un conflit de droit international. La question de savoir quel droit doit alors être appliqué ne nous intéresse pas ici.

(3) « Le droit international... n'est pas immédiatement applicable pour

tional ne peuvent naturellement pas davantage former la base d'après laquelle se détermineraient la procédure (*Prozessvoraussetzungen*) et son développement, c'est-à-dire, la marche de la procédure, qu'il s'agisse de procès devant des juges civils, répressifs ou administratifs. Cependant, le droit international n'est pas seulement susceptible d'être appliqué par les tribunaux : il est nécessaire qu'il le soit. Car d'abord une grande partie du droit interne opère par des renvois à des règles ou à des notions du droit international (1), de telle sorte qu'on ne pourrait absolument pas concevoir une application du droit interne sans une application du droit international qu'il prend en considération ; d'un autre côté, comme nous l'avons vu, il y a des normes du droit interne, notamment des normes du droit « non établi », dont l'existence et le contenu dépendent dans une si large mesure de l'existence et du contenu des prescriptions du droit international, qu'elles ne pourraient pas être précisées sans le secours de celles-ci. Pas plus donc qu'on ne saurait trancher un procès pénal sans trancher des questions incidentes de droit civil ou public, on ne peut, en notre matière, juger les procès sans trancher des questions préjudicielles de droit international (2). Il y a de nombreux tribunaux nationaux qui s'occupent, sinon principalement, du moins très souvent, d'affaires internationalement importantes : tribunaux de prises, tribunaux militaires en campagne, tribunaux répressifs chargés

la solution des conflits de droit privé. » Hölder, *Pandekten*, Fribourg, 1881, p. 82. V. aussi Jellinek, *System*, p. 314, etc...

(1) V. ci-dessus, p. 224 sq., 248 sq. Comp. aussi les décisions judiciaires citées à ces endroits.

(2) La meilleure preuve nous est fournie par le grand nombre de décisions judiciaires, qui ont été utilisées au cours de ce traité. V. encore *Entsch. des preuss. Obertribunals*, LXXVIII, p. 307 sq. ; *Entsch. d. Reichsgerichts in Strafs.*, IX, p. 370 sq. (tracé de la frontière le long des fleuves-frontières) ; *Entsch. d. Obertribunals*, LX, p. 11 sq. (légitimation des ambassadeurs) ; XLII, p. 12 sq. et dans *Goltdammer's Archiv*, III, p. 658, VII, p. 344, ainsi que *Entsch. d. Reichsger. in Strafs.*, XXIII, p. 267, II, p. 18, *Goltdammer's Archiv*, XXXVII, p. 288 (navires en haute mer et dans les ports) ; *Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts*, XIV, p. 423 sq. (tradition en ce qui concerne la compétence des tribunaux consulaires), etc... Les collections anglaises et américaines de jurisprudence, le *Journal du droit international privé*, etc... fournissent un plus riche butin encore. — De même, dans la mesure où le droit privé international interne est internationalement relevant (mais v. ci-dessus, p. 272), le juge doit, quand il l'applique, s'en rapporter souvent aux principes du droit international. V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 214, et surtout Zitelmann, *Internat. Privatrecht*, I, p. 74 sq., etc...

de juger des demandes d'extradition — tous ces tribunaux sont constamment occupés à appliquer le droit international.

Ainsi, il ne peut pas s'agir de savoir si le *droit international* est susceptible d'application judiciaire, mais bien si le *tribunal* national est autorisé à baser ses décisions sur le droit non étatique de la même façon et avec la même liberté que sur le droit étatique (1). Deux systèmes juridiques sont ici en présence.

Le système *français*, qui a exercé une certaine influence sur d'autres Etats, repose sur la doctrine de Montesquieu de la séparation des pouvoirs. Cette doctrine, qui domine dans la législation et la pratique depuis la Révolution, a conduit à une étroite limitation des pouvoirs du juge, même au point de vue du traitement judiciaire des traités internationaux. La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, dont la jurisprudence sur ce point ne connaît guère de fluctuations, considèrent le traité international, quel qu'en soit le contenu, comme un acte de « gouvernement » ou de « haute administration ». Par suite, le tribunal est bien autorisé à *appliquer* le traité (2) ; il y est même obligé ; mais on considérerait comme une immixtion illégale dans la sphère de compétence de l'exécutif, que le tribunal essayât de connaître de la *validité* ou de l'*opportunité* du traité, ou bien — et c'est là le trait caractéristique, — de l'*annuler*, de l'*apprécier*, ou de l'*interpréter* d'une façon personnelle (3). On fait peut-être une exception

(1) Il ne s'agit pas, par conséquent, de savoir si la « voie juridique » (*Rechtsweg*) est fermée, par exemple, aux traités internationaux. La question ne rentre pas dans cet ordre d'idées.

(2) Cela a été parfois nié, ce qui est étonnant. V. par contre Ducrocq, *Théorie de l'extradition*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXIX, p. 514 ; Antoine, sur Fiore, *Droit pénal international*, Paris, 1880, p. 690 sq. ; Bomboy et Gilbrin, *Traité pratique de l'extradition*, Paris, 1886, p. 107 sq.

(3) Ducrocq, *op. cit.*, p. 507 sq. ; Billot, *Traité de l'extradition*, Paris, 1874, p. 302 sq., 324 sq. ; Antoine, *loc. cit.* ; Bernard, *Traité de l'extradition*, 2e édit., Paris, 1890, II, p. 482, 525, surtout p. 542 sq. ; Bomboy et Gilbrin, *op. cit.*, p. 137, etc... ; Ricci, *Effets de l'extradition*, Paris, 1886, p. 75 sq. ; Garraud, *Droit pénal français*, I, Paris, 1888, p. 266, 276 — tous contenant des démonstrations et des renseignements tirés de la jurisprudence. Comp. aussi Lammasch, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, p. 803 sq. ; Zographos, *Ueber die Rechtsstellung des Ausgelieferten nach französischem Rechte*, Hambourg, 1887 ; v. Martitz, *Internat. Rechtshilfe*, II, p. 348 sq. — D'après l'opinion la plus restrictive, et qu'on a d'ailleurs peine à concevoir, le tribunal n'a même pas le droit de suspendre le jugement, pour demander à l'administration une interprétation obligatoire ; car cela constituerait déjà une critique de l'acte administratif, qui serait considéré

pour les *Vereinbarungen* internationales, qui doivent être appliquées dans les procès « d'intérêt privé », et dans la mesure où il s'agit de leurs dispositions de droit privé (1); mais pour toutes les autres, notamment pour les traités d'extradition, la règle opère sans exception. C'est se donner une peine inutile que de combattre ce principe avec des arguments de doctrine ou d'opportunité : car c'est sans aucun doute un principe de droit positif. Alléguer que pourtant les traités internationaux se sont transformés, de la manière que nous connaissons, en droit étatique et qu'ils doivent par là, en tant que tels, être tombés dans la sphère de décision du tribunal (2) — ce qui, pour le remarquer en passant, n'a pas lieu par exemple pour les traités d'extradition, même pour ceux qui sont conclus avec l'assentiment du Parlement (3) —, c'est combattre avec une arme émoussée. Car le droit interne conforme au traité se rapproche tellement, dans la forme et dans le fond, du traité, que toute interprétation de la « loi » est nécessairement une interprétation du traité ; et comme, d'autre part, le traité est devenu définitif par une déclaration du gouvernement national, cette interprétation doit, en même temps, constituer une interprétation de cette déclaration. Une interprétation de l'acte du gouvernement est ainsi préjudicielle à toute interprétation de la loi, et « la règle de la séparation des pouvoirs ne s'applique pas seulement aux actions principales, mais encore à *tous les incidents* » (4). On sait quels effets ce système a produits principalement sur la situation judiciaire de l'extradé ; je ne peux pas poursuivre plus longtemps sur ce sujet (5).

Les autres Etats, notamment les Etats du droit allemand, mais aussi l'Angleterre et les Etats-Unis, ignorent essentiellement cette limitation de la liberté d'interprétation du juge (6).

comme obscur. V. notamment Ducrocq, *op. cit.*, XXX, p. 1 sq. ; Billot, *op. cit.*, p. 333 sq.

(1) Mais la théorie et la pratique ne sont sur ce point nullement claires. V. Pradier-Fodéré, II, p. 877, et les jugements qu'il cite ; Piédelièvre, *Précis*, I, p. 308, et les décisions au *Journal*, V, p. 166 ; XII, p. 307, etc.

(2) Il y a, dans ce sens, quelques anciens arrêts de la Cour de Cassation. Parmi les auteurs allemands, v. par exemple, E. Müller, *Der Ausgelieferte vor dem Gerichte*, *Annalen des deutschen Reichs*, 1887, p. 567 sq.

(3) Comp. v. Martitz, *op. cit.*, II, p. 348.

(4) Dareste, *La justice administrative en France*, Paris, 1862, p. 207.

(5) V. sur ce point les écrivains qui viennent d'être cités p. 435, n. 3.

(6) Aux Etats-Unis, il a été à maintes reprises décidé que l'interpréta-

Certes, la séparation de la justice et de l'administration, qui est ici aussi plus ou moins fortement réalisée, oblige le tribunal à prendre simplement comme des faits donnés de nombreux actes du pouvoir exécutif, qui sont importants pour l'application du droit ; qu'on pense par exemple à la reconnaissance des Etats nouvellement fondés (1). De même, le droit positif enlève régulièrement au juge l'appréciation de l'opportunité de tous les actes de l'exécutif internationalement importants — et, du point de vue du droit interne, la question de la légalité internationale d'un acte du gouvernement apparaît dans une large mesure comme une question d'opportunité (2). Mais tout cela n'est pas essentiellement lié à l'application et à l'interprétation obligatoires du droit international, en tant que tel, en ce qui concerne les faits du procès, qui exigent cette application et cette interprétation. Celles-ci sont abandonnées au juge, tant en ce qui concerne le droit international « général » que

tion du traité international, dans la mesure où elle est possible au cours d'un procès, forme le domaine propre du tribunal. V. par exemple, Wilson v. Wall, *Wallace's Reports*, II, p. 89. La conception d'après laquelle les traités de l'Union sont *the supreme law of the land* (v. ci-dessus, p. 142) ne permet pas un doute sur ce point, et la Constitution confie expressément les *cases arising under treatises* aux tribunaux de l'Union. V. ci-dessus, p. 362. — Pour la Suisse, v. Constitution fédérale de 1874, art. 113, n° 3 ; loi fédérale sur l'organisation de la justice fédérale du 22 mars 1893, art. 175, n° 3, 178, 181, 182.

(1) V. à ce sujet Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 117 (§ 122) ; Heffter-Geffcken, *Völkerrecht*, p. 121, n. 3 ; Phillimore, *Commentaries*, II, p. 37 sq. ; Wharton, *Commentaries of law*, p.458 ; Greenleaf, *Law of evidence*, 14e édit., Boston, 1883, I, p. 6 et les auteurs cités ; Penfield, *Recognition of a new State—is it an executive function*? (*American law review*, XXXII, p. 390 sq.). V. en outre décision du tribunal supérieur de Prusse, *Oppenhoffs Rechtspr.*, XVI, p. 728 sq. (questions de frontière, neutralité de Moresnet) ; décision de l'*Oberlandsgericht* de Hambourg, *Seuff. Archiv*, XXXVIII, p. 171 (reconnaissance des chefs d'Etat étrangers). — Le § 103 du code pénal est-il applicable aux monarques *de facto*, qui ne sont pas reconnus par le gouvernement de l'Empire ? Comp. d'une part, *Entsch. d. Reichsgerichts in Strafs.*, XXII, p. 146, et de l'autre, Binding, *Lehrbuch. des gem. deutschen Strafrechts*, I, Leipzig, 1896, p. 78. D'après la rédaction de la loi, on doit répondre par l'affirmative, à la condition que l'Etat étranger en tant que tel soit reconnu. — Sur d'autres questions (commencement et fin de la guerre, reconnaissance d'un blocus, question de savoir si les ambassadeurs et consuls sont accrédités), v. Wharton, *loc. cit.*

(2) Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, p. 669 sq., remarque avec raison, que le tribunal doit examiner la possibilité de la rétorsion, suivant le § 4 de la *Konkursordnung* du 10 février 1879, au seul point de vue du droit interne, et non pas au point de vue du droit international.

le droit international né de *Vereinbarungen* internationales spéciales ; l'opinion juridique de la diplomatie n'a pas plus d'importance pour le juge que les commentaires d'un juriste. Non point, comme on l'a dit, parce que le traité international ne lie le juge que dans la mesure où il est devenu droit étatique (1) — car, comme nous l'avons vu, l'application du traité « en tant que loi » est le plus souvent impossible sans une application simultanée du traité en tant que *Vereinbarung* internationale, — mais plutôt parce que la compétence de trancher un conflit matériel douteux comprend aussi la compétence de trancher toutes les questions préjudicielles (2). Les seules exceptions à propos desquelles la législation allemande s'est départie de ce principe disparaissent progressivement (3) ; la plus importante de ces exceptions était le règlement prussien du 25 janvier 1823, déjà mentionné, aux termes duquel, dans les procès civils où la discussion portait sur l'applicabilité, la validité internationale ou le sens d'un traité international conclu *par la Prusse ou un autre Etat* et formant un élément de la décision, les tribunaux devaient, « avant de rédiger leur jugement, prendre l'avis du ministère des affaires étrangères et s'y conformer purement et simplement dans leur arrêt » (4).

(1) Ainsi, par exemple, v. Bar, *Theorie und Praxis*, I, p. 144 sq. et dans l'*Encyklopädie* de Holtzendorff, 4e édit., p. 718 ; Böhm, *Handbuch. d. internat. Nachlassbehandlung*, 2e édit., Augsbourg, 1895, p. 18.

(2) Comp. par exemple, J. A. Seuffert, *Kommentar über die bayer. Gerichtsordnung*, I, 2e édit., Erlangen, 1853, p. 163 ; Oppenhoff, *Preuss. Gesetze über Ressortverhältnisse*, Berlin, 1863, p. 30 ; Hauser, *Deutsche Gerichtsverfassung*, Nordlingen, 1879, p. 78 ; v. Sarwey, *Das öff. Recht u. d. Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880, p. 652 ; Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 87 ; v. Holtzendorff, H. H., I, p. 25, 55 ; Mattersdorff, *loc. cit.* ; v. Kries, *Lehrbuch. d. deutschen Strafprozessrechts*, Fribourg, 1892, p. 563.

(3) V. ci-dessus, p. 348 sq.

(4) Ce règlement a trouvé en Klüber un critique indigné qui lui a consacré toute une monographie : *Die Selbstständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen*, Francfort, 1832. Le caractère anormal de cette disposition a été signalé en outre par Heffter, *Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht*, I, Berlin, 1829, p. XIV sq. ; Zoepfl, *Grunds. d. gem. deutsch. Staatsrechts*, I, 5e édit., Leipzig et Heidelberg, 1863, p. 391, n. 6 ; Schulze, *Preuss. Staatsrecht*, 2e édit., II, Leipzig, 1890, p. 137 (« regrettable défection de l'esprit juridique allemand »). Sur les motifs probablement fiscaux de ce règlement et sur ses effets dans la pratique, v. Klüber, *op. cit.*, p. 12 sq., 87 sq. — L'obligation où étaient les tribunaux de *demander un avis* a été atténuée par un règlement du 24 novembre 1843, § 2. En sens précisément inverse, la loi du royaume de Saxe du

S'il est certain que le juge doit appliquer le droit international, on peut pourtant se demander s'il est obligé de le *connaître*. La phrase : *jura novit curia* s'applique-t-elle aussi au droit international ? Cette question a reçu une réponse complètement affirmative en Angleterre et aux Etats-Unis, tant pour le droit international « général », que pour le droit international ayant fait l'objet de *Vereinbarungen* spéciales (1). Elle peut être contestée tout au plus dans les Etats dans lesquels les lois de procédure contiennent des dispositions plus précises et plus impérieuses sur le « devoir de connaissance » (*Kenntnispflicht*) du tribunal, sans y mentionner le droit international : tel est le cas de la loi d'organisation judiciaire de l'Empire Allemand, § 265, pour les procès civils. Cherchons la solution de notre question d'après cette disposition (2). Ce § 265 opère une distinction d'un côté entre le droit interne et le droit « en vigueur dans un autre Etat », de l'autre, entre le droit émané de la loi et le droit de coutume (3). Le juge n'a besoin de connaître que le droit en vigueur dans *son* Etat : ainsi le *Reichsgericht* doit connaître tout le droit en vigueur dans l'Empire Allemand, et le juge d'Etat tout le droit en vigueur dans son Etat ; mais de ceci on excepte partout le droit coutumier (4). Dans quoi doit-on ranger le droit international (5) ? On doit distinguer. D'abord le droit international n'est certainement pas en vigueur « dans » tel ou tel Etat, du moins pas dans le même sens que le droit législatif (6). Mais cela correspond sans aucun doute à la *ratio*

28 janvier 1835, § 17, impose à l'*autorité administrative* le devoir de *donner* sur leur demande aux autorités judiciaires des renseignements sur les traités internationaux préjudiciels.

(1) Comp. par exemple Taylor, *Law of evidence*, 8e édit., Londres, 1885, I, p. 4 ; Powell, *Law of evidence*, 5e édit., Londres, 1885, p. 319 ; Greenleaf, *op. cit.*, I, p. 7. La question peut devenir pratique, ainsi que le montre, par exemple, la décision dans l'affaire de la « Scotia » (*Wallace's Rep.*, XIV, p. 170, 188).

(2) Il n'est peut-être pas superflu de remarquer que la question du devoir de connaître le *droit étatique né de la publication des traités internationaux* rentre dans un autre ordre d'idées ; sur cette question, aucun doute n'est possible.

(3) Le droit statutaire (*Statutarrecht*) ne nous intéresse pas ici.

(4) Pour plus de détails, v. Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 174 sq.

(5) Zitelmann, *Internat. Privatrecht*, I, p. 308, soutient d'une façon tout-à-fait générale, en s'appuyant sur le 265, que le tribunal est obligé de connaître le droit international.

(6) V. ci-dessus, p. 110.

*legis*, que de comprendre, par droit en vigueur « *dans* » un Etat, droit en vigueur *pour* un Etat. Par suite, le tribunal n'a pas besoin de connaître le droit international qui n'est en vigueur que pour d'autres Etats, qu'il doive sa naissance à une *Vereinbarung* expresse (1) ou à la pratique internationale — droit coutumier (2); — ainsi, par exemple, le juge de l'Etat particulier allemand n'a pas besoin de connaître le droit conventionnel qui ne s'applique qu'entre Etats-membres allemands tiers. Par contre, le tribunal doit connaître tout le droit conventionnel en vigueur *pour* l'Etat dont il doit connaître le droit interne; ainsi le *Reichsgericht* et les tribunaux d'Etat doivent connaître tous les traités de l'Empire; mais le premier doit connaître en outre tous les traités conclus par les Etats-membres, les seconds ne sont tenus de connaître que les traités conclus par leur Etat. Mais le « devoir de connaître » n'existe pas pour le « droit coutumier international ». Car si le droit coutumier en vigueur *dans* un Etat a éventuellement besoin d'être démontré, il n'en sera pas autrement du droit coutumier obligatoire *pour* un Etat. Ainsi, même ce que l'on appelle le droit international « général », le droit général de la guerre par exemple, doit être prouvé, sur sa demande, au tribunal, si le juge, eu égard aux devoirs de sa fonction (3), n'en assume pas personnellement la recherche. Je n'ai pas besoin de m'étendre ici sur la manière dont cette preuve doit être faite.

Je peux encore répondre dans ce paragraphe à une dernière question, qui résulte de l'organisation particulière du droit de procédure en Allemagne. En effet, tandis qu'en matière pénale, d'après le § 375 du code pénal et le § 7 de la loi d'introduction au code pénal, la *révision* peut être juridiquement fondée dès lors qu'on invoque la violation d'une norme juridique quelconque (4), et même sans aucun doute d'une norme du droit in-

(1) v. Holtzendorff, H. H., I, p. 122, remarque avec raison que le juge peut très bien se trouver en situation d'appliquer des traités qui ne sont en vigueur qu'entre Etats tiers.

(2) Comp. ci-dessus, p. 94.

(3) V. not. Wach, *Vorträge über die Reichscivilprozessordnung*, 2ᵉ édit., Bonn, 1896, p. 207; Stein, *op. cit.*, p. 178 sq.

(4) Quand il s'agit de traités publiés, la révision sera le plus souvent déjà admissible par suite de ce que le droit *étatique* est violé. Comp. les décisions citées ci-dessus, p. 419, n. 3, et v. Kries, *op. cit.*, p. 670; Ulmann, *Lehrbuch d. deutschen Strafprocessrechts*, Munich, 1893, p. 602.

ternational, la révision n'est admissible dans les conflits de droit civil que pour violation d'une loi d'Empire, ou — si je fais abstraction des particularités qui ne nous intéressent pas ici — pour violation d'une loi dont le domaine d'application, dépassant le ressort du tribunal, s'étend sur le territoire d'au moins deux Etats-membres allemands, ou d'une province prussienne et d'un autre Etat-membre ; par « loi », il faut entendre toute « norme juridique » (1). Ainsi se pose la question suivante : la révision peut-elle être basée sur la violation des règles du *droit international* ; le droit international est-il — pour employer l'expression disgracieuse et illogique, mais habituelle — une « norme juridique révisible » (*revisible Rechtsnorm*)? (2). Il faut encore distinguer. S'il s'agit du droit international « général », par exemple, du droit « général » de la guerre, ce n'est point certes là une « loi d'Empire » ; c'est cependant, dans la mesure où ce droit est précisément un droit « général », un droit qui est en vigueur pour l'Empire et pour tout l'Empire, c'est-à-dire, en ce sens, un droit en vigueur *dans* tout l'Empire en vertu *d'une* source juridique. Il rentre dès lors dans les normes « revisibles » (3). Si au contraire le droit international

(1) Code de procédure civile, §§ 511, 512 ; règlement impérial du 28 septembre 1879, § 1.

(2) On doit naturellement ici aussi faire abstraction des traités qui ont été transformés en « lois » par la publication. Dans ces traités, il ne s'agit que de savoir si le droit *étatique* conforme au traité est « revisible ». Certes toute application inexacte du droit étatique comportera le plus souvent dans ce cas une « violation » du traité, sur lequel il repose. Un bon exemple nous est fourni par une décision du tribunal d'Empire (*Entsch. d. Reichsgerichts in Civils.*, IX, p. 177), d'après laquelle la révision peut être fondée sur la violation du traité de juridiction du 3 janvier 1826 (§ 22) entre le Württemberg et Bade (*locus regit actum*). L'*Oberlandesgericht* wurttembergeois avait d'abord violé la norme du droit wurttembergeois correspondant au traité, d'après laquelle les juges du Württemberg devaient appliquer ce principe du droit privé international aux opérations juridiques accomplies en Bade. Si on soutenait — ce qui à mon avis serait inexact — que la révision ne peut pas être basée sur la violation de cette norme du droit würltembergeois, parce que la norme *semblable*, en vigueur en Bade, bien que faite en conformité du même traité, a été édictée comme une norme particulière issue d'une autre source juridique étatique, et que, par suite, le « *domaine d'application* » de la norme württembergeoise ne s'étendait pas au delà des frontières du Württemberg, il resterait cependant à examiner si, dans ce cas, on ne viole pas *en même temps* le traité obligatoire pour les deux Etats. Et j'arrive immédiatement à cette question.

(3) C'est reconnu par le *Reichsgericht*. Comp. *Entsch. in Civils.*, XVI,

conventionnel a été inexactement ou faussement appliqué, la révision est admissible quand il s'agit des traités de l'Empire, ou des traités intervenus entre plusieurs Etats-membres (1), mais non point quand il s'agit de traités passés entre Etats étrangers (2), ou entre un Etat particulier allemand et un Etat étranger. Car dans le premier cas, le tribunal a violé le droit objectif qui est en vigueur *pour* l'Empire ou *pour* plusieurs Etats particuliers dans leur totalité ; dans le second cas, il a violé un droit « étranger » ou un droit qui n'est en vigueur que *pour* un seul Etat-membre (3).

p. 267 (succession au patrimoine d'un Etat au cas d'annexion) ; XIV, p. 433 (règles du droit international concernant la situation des consuls) ; *Seuff. Archiv*, XLII, n. 15, p. 22 sq. (*occupatio bellica*). V. aussi *Entsch. d. III Civilsenats vom 16 juni 1883 i. S. Preuss. Fiskus und Krone Preussen c. Fürstin von Hanau, III, 472-82* : « Car le droit international européen, né de la volonté commune démontrée d'Etats indépendants, qu'il repose sur du droit écrit — le contenu des traités internationaux — ou bien sur du droit non écrit — la tradition internationale — ou bien seulement sur des conséquences de l'existence d'institutions généralement reconnues ou pratiquées, contient une série de normes juridiques, dont la violation peut servir de base à la révision au sens légal du mot, et parmi laquelle il faut sans aucun doute ranger le *droit de la guerre* et notamment le *droit de conquête par la guerre* ». Ce n'est certes pas là un fondement. Ce jugement est cité, mais sans les motifs, dans la *Jurist. Wochenschrift*, 1883, p. 227. — On ne peut guère ranger cependant (comme Gaupp-Stein, *Civilprozessordnung*, 3e édit., II, p. 87) le droit international dans le « droit commun » au sens du § 1 du règlement du 18 septembre 1879.

(1) V. *Entsch. d. Reichsgerichts in Civils.*, IX, p. 177 (ci-dessus, p. 441, n. 2).

(2) V. ci-dessus, p. 440, n. 1.

(3) La question de savoir si la révision peut être basée sur la violation de traités passés *entre l'Empire et les Etats-membres* n'a pas à être examinée ici Ce ne sont pas, à mon avis, des traités internationaux. V. ci-dessus, p. 183 sq.

# TABLE ALPHABÉTIQUE

Les gros chiffres indiquent les pages, les petits les notes.

*Acte antiesclavagiste*, 69, 314[1], 316[1], 316[2], 354[1], 392[2], 400[2], 402, 413, 419[1].

*Acte du Congrès de Vienne*, 46[3], 69, 92[1], 99[1].

*Alcool* (commerce de l') chez les pêcheurs de la mer du Nord, 313[2], 314[1], 316, 330[2], 399[2], 401, 423[5].

*Ambassadeurs*, 46[3], 99[1], 197, 198[1], 203 sq., 249, 278, 286, 306[3], 327[1,2], 328[1,2], 334, 337, 342, 348, 351[4], 354, 361, 362, 363, 364, 365[1,3], 370, 384, 437[1]. — V. aussi Exterritorialité.

*Arbitrage* (traités), 69, 73[1], 85[1], 92, 92[3], 93, 149, 201[1], 291, 433[2].

*Associations*, 342[4] ; — Responsabilité de l'Etat à raison de leurs agissements, 352 sq.

*Autolimitation de l'Etat*, 18, 76 sq., 119 sq., 266, 416 sq.

*Autriche*, publication des traités internationaux, 386[3]. — V. aussi Compromis, Union réelle, Cartel douanier.

*Blanc-seing* (règles juridiques par). Définition et catégories, 155 sq., 224 ; — règles par — de droit interne renvoyant au droit international, 224 sq., 327 sq., 383, 431 ; — règles par — du droit international renvoyant au droit interne, 218, 228 sq., 292.

*Blocus*, 21, 69, 225[2], 279[3], 335[2], 337.

*Bosnie* et Herzégovine, 333, 382[2].

*Budgétaire* (droit), 306, 377, 377[1].

*Bundesrath* organisé sur le modèle du *Bundestag*, 181 ; — protection diplomatique de ses membres, 206 ; — juge des Etats-membres, 192, 201, 207, 362 ; — rétorsion, 350[4,5], 437[3].

*Butin* (droit de), 69, 220, 278[1], 281, 294, 395[1], 417[3].

*Cabotage*, 123[1], 232, 379.

*Câbles télégraphiques*, 278, 282, 314[1], 326[1], 399[4,5], 401, 420.

*Capture des phoques*, 276[2].

*Cartell douanier* avec l'Autriche-Hongrie, 159[2], 399[1], 400[3], 401, 409, 416[2], 423[3,4], 428[2].

*Clausula rebus sic stantibus*, 88[2], 246.

*Colonies*, 168, 333, 334, 354[1], 361[2].

*Commissions internationales*, 86[1].

*Common law*, 138, 146 sq.

*Communauté internationale*, 27 sq., 75, 380.

*Commune*, 162[1], 164, 168 ; — accomplissement des devoirs internationaux de l'Etat, 286, 352 sq. ; — ordres correspondants de l'Etat, 356, 416, 419 ; — responsabilité pour émeute, 371[1] ; — responsabilité de l'Etat à raison de ses agissements, 352 sq.

*Compromis* austro-hongrois, 100, 290[1].

*Conception anglaise* sur les rapports du droit international et du droit interne, 132 sq., 256[2], 259[1], 396[4].

*Concordat*, 163[1], 284.

*Concurrence* des sources du droit, 14 ; — entre le droit international et le droit interne, 252 sq.

*Condominium*, 66, 67[2], 333.

*Confédération d'Etats*, 121, 175, 317 ; — fondation, 67, 67[2], 84 ; — droit confédéral, 84[1], 86. — V. aussi Confédération germanique, Union réelle, Union douanière.

*Confédération de l'Allemagne du Nord*, fondation, 49[4] ; — traités avec les Etats de l'Allemagne du Sud, 181, 185 sq., 192, 200[1], 263[1], 288, 426[4]. — V. aussi Empire allemand.

*Confédération du Rhin*, 217, 262[2].

*Confédération germanique*, 202, 220[8], 226[10], 258[1], 260, 274, 297, 301[3], 335[4], 343[2], 371, 376 sq. ; — sa fin, 88[2], 428 ; — son droit était du droit international, 84[1], 86 ; — et n'était pas en même temps du droit étatique, 22[1] ; — réception du droit de la confédération dans le droit de l'Empire, 182, 193, 206 sq., 343[2]. — V. aussi Confédération d'Etats, Délits.

*Congo* (acte du), 69.

*Constitution représentative*, importance pour le droit international, 235 sq., 305, 314 sq., 373 sq.

*Consulaire* (juridiction), 17, 226, 276[2], 288 302[3], 360, 381, 392, 428[2], 434[2].

*Consulaires* (traités), 69, 231, 421.

*Consuls*, 308[1], 349[2], 351[4], 361, 362, 398, 437[1], 441[3] ; — des Etats-membres allemands, 197[2], 352[2].

*Contrainte*, caractère essentiel du concept de droit ? 102 sq.

*Contrat*, en tant que concept juridique général, 35 sq.

*Contrebande*, 338, 398, 400, 409 sq.

*Contrôle* (droit de), 346, 356, 373. — V. aussi Etat fédéral.

*Convention contre le phylloxéra*, 287[1], 297, 402.

*Convention de Genève*, 46[3], 69, 94[1], 391[1].

*Convention de Saint-Pétersbourg*, 46[3], 69, 94[1].

*Conventions militaires*, 185[4], 199[1],[2].

*Corporations autonomes*. — V. Communes.

*Costa Rica Packet* (affaire du), 274[1].

*Coutume* (droit de), 9, 16[1], 147, 264[2] ; — en droit international, 31, 90[2], 94 sq. ; — le droit coutumier interne n'est pas en même temps droit international, 125 ; — droit coutumier conforme au droit international, 384 sq., 389.

*Crète*, 308[1].

*Déclaration de Paris*, 46[3], 69, 85[2], 391[1].

*Déclaration du droit des gens*, 275[1].

*Déclaration de réciprocité*, 65, 422[1].

*Délits* contre les Etats étrangers, 278, 306, 321[1], 322 sq., 343, 346, 358 ; — contre les nationaux étrangers, 321[1], 339 sq., 394 ; — contre le droit international, 23, 139[2], 142[1], 278[2], 325 sq., 359, 360 ; — contre la Confédération germanique, 192, 343[2], 396[2].

*Délits de fausse monnaie*, 275, 327[2], 340[1].

*Délit de la fonction*, 338, 351, 390[3].

*Délits militaires*, 294, 328[2], 329[1],[2], 333, 351[2], 390, 391[1], 395, 417[2].

*Déni de justice*, 192, 334[4], 347[1], 363[1].

*Dettes de l'Etat*, 260.

*Dispense*, 352, 408.

*Droit canon*, réception dans le droit international, 210.

*Droit d'auteur*, 46[3], 232, 282, 303, 316[2], 335[2], 340, 401, 430[1].

*Droit des étrangers*, 21, 279[2], 281[1], 284, 295, 298, 327[2], 339 sq., 357, 357[2], 358, 361, 397.

*Droit des routes maritimes*, 276[2].

*Droit de succession de Lippe*, 285[2].

*Droit d'examen du juge*, 261 sq.

*Droit de visite*, 279[1], 381, 392

*Droit international*. Définition, 7, 201 ; — quels rapports régit-il ? 11 sq. ; — dans les rapports avec les Etats non civilisés, 82[2] ; — s'applique aussi dans les rapports entre les Etats-membres d'un Etat fédéral, 19, 195 sq. ; — rédaction de ses règles, 21 ; — droit public ou privé ? 210[1] ; — droit supérieur aux Etats, 75[2], 78 ; — contrainte, 102 sq. ; — droit dispositif ? 72[2] ; — général et particulier, 82, 101[4], 283 ; — « droit international alle-

mand », 112 sq. ; — quelle est sa source ? 27 sq. ; — le contrat ? 27 sq., 33 sq., 45 sq. ; — la conscience juridique, la conviction juridique ? 30, 95, 128, 140 ; — la *Vereinbarung*, 62, 67 sq. ; — fondement de sa validité, 80 sq. ; — la reconnaissance ? $62^{1}$, $78^{1}$, 141 ; — formes sous lesquelles il apparait, 89 sq. ; — droit coutumier, 94 sq. ; — annulation de ses règles, 87 ; — n'est pas en même temps droit interne, 110 sq., 126 sq., 129 sq. ; — conception anglaise et anglo-américaine, 132, $256^{2}$, $259^{1}$, $396^{4}$ ; — rapport de ses règles avec le droit étatique, 168 sq. ; — réception dans le droit interne, 168 sq., 224 sq ; — réception du droit interne dans le droit international, 209 sq. ; — rapports entre sa source et celle du droit interne, 252 sq. ; — droit international récent vis-à-vis du droit interne antérieur, 258 ; — application par le juge national, 3, 23, 261, 295, 433 sq.

*Droit international semblable,* 272, 405.

*Droit interne*, définition, 9 ; — n'est pas en même temps droit international, 124 sq. ; — réception dans le droit international, 209 sq. ; — sa source par rapport à la source du droit international, 252 sq. ; — récent par rapport au droit international antérieur, 258; — dans le doute, il est conforme au droit international, 151, 291, 394 sq. ; — internationalement important et indifférent, 270 sq.; — provoqué par le droit international, 288 sq. ; — supposé par le droit international, 288 sq. ; — facilite l'accomplissement des devoirs internationaux, 371 sq. ; — conforme au droit international, 227, 270 sq. ; — les formes sous lesquelles apparaît ce dernier droit, 381 sq. ; — son contenu, 404 sq. ; — sa validité, 410, 423 sq. ; — ordonné par le droit international, 270, 287 sq.; — immédiatement ordonné, 270, 287 sq.; — internationalement indispensable, 299 sq., $308^{2}$, 311 sq., 397 sq., 406 sq., 414, 421 ; — permis par le droit international, 149, 270, 379 sq., 389 sq., 406, $411^{2}$ ; — contraire au droit international, 150, 259, 270 sq., 307 sq., 395 sq., $411^{2}$.

*Droit féodal*, 219.

*Droit naturel* et droit international, 126 sq., 136, 138 sq., 211 sq., 222, $258^{1}$.

*Droit privé*, réception dans le droit international, 209 sq.

*Droit privé international* ; *pénal international* ; *procédure internationale*, 5, 23 sq., $125^{2}$, 127, 155 sq., 160, 253, 272 sq., 298, 321 sq., 333, 379, 389, 395, 409, $434^{2}$, $441^{2}$.

*Droit public* externe, étranger, 78, 113, 129 sq.

*Droit romain*, réception dans le droit international, 209 sq., 221, 332.

*Droit subjectif* en droit international, 379.

*Droits fondamentaux*, $209^{1}$, 280.

*Eaux territoriales*, 149, $225^{3}$, $273^{1}$, 349, 389.

*Egalité de naissance*, $285^{2}$.

*Elbe* (acte de navigation de l'), $421^{3}$.

*Elbe* (tribunaux pour le droit de douane sur l'), $245^{1}$, $365^{3}$.

*Empire allemand*, ancien, 112, 171, 173 sq., 217, $262^{2}$ ; — actuel : formation, 177 sq., 288 ; — caractère, $22^{1}$, 121, 177, $198^{1}$ ; — admission des règles du droit international, 180 sq. ; — rapports avec les Etats-membres, 183 sq. ; — exécution d'Empire, $193^{3}$ ; — traités internationaux, 313 ; — leur publication, 313, 386 sq., 425 sq., $427^{8}$ ; — contenu du droit créé par l'—, 391 sq., 397 sq., 431 sq. ; — rapports des Etats-membres entre eux, 195 sq. ; — exemption réciproque de la juridiction ? $203^{3}$ ; — leurs traités, 197. — V. aussi Etat fédéral, Droit de légation, Droit de guerre, Confédération de l'Allemagne du Nord, Traités internationaux.

*Esclaves* (commerce et vol des),

326[1],[4], 327[1], 339[1], 414. — V. aussi Acte antiesclavagiste.
*Etat fédéral*, 19 sq., 121, 162,163 sq., 265, 303 sq., 403[2] ; — fondation, 67, 67[2],[3], 80[2] ; — éléments internationaux dans sa constitution, 131, 168 sq., 172 sq. ; — le droit international s'applique-t-il entre Etats-membres ? 19 sq., 196 sq. ; — compétence internationale de l'Etat fédéral et des Etats-membres, en particulier droit de conclure des traités, 241 sq , 304[2], 352[2], 357, 359 sq., 365 ; — responsabilité de l'Etat fédéral pour les Etats-membres, 352[2], 356 sq ; — ses droits de surveillance, 359[2], 360[2], 365, 368 sq. ; — accomplissement de ses devoirs internationaux par les Etats-membres, 286, 416, 420 ; — les devoirs internationaux personnels de ces Etats, 301[2], 363 sq., 365[2]. — V. aussi Empire allemand.
*Etats-Unis*, traités internationaux, 121 sq., 142 sq. — V. Etat fédéral, Conception anglaise.
*Exportation* (interdiction d'), 421.
*Expulsion*, 295[1], 341, 342[4], 360[2], 372[2], 414.
*Exterritorialité* (individus jouissant de l'), 225, 227[1], 292, 336[1], 348, 349, 350, 356, 358[1], 361, 384, 414, 415[1], 431[2]. — V. aussi Ambassadeurs, Consuls, Princes.
*Extradé* devant les tribunaux, 436.
*Extradition*, 3[1], 275[1], 295[1], 357, 406, 407, 411[1] ; — des propres sujets, 203[1], 263[2], 396[2], 408 ; — Décision confédérale (1854), 428[2] ; — Spécialité, etc. ., 119, 298, 407, 415[1], 419, 419[2], 432.
*Extradition* (loi d'), 215, 263[2], 396[2], 414 ; — par rapport aux anciens traités, 395[2], 396[2].
*Extradition* (traité), 46[2], 69, 70 sq., 231, 249[1], 250[1], 263[2], 357[2], 407 sq., 424[2], 434, 436 ; — force rétroactive, 427[2].
*Foreign enlistment act*, 279[2], 304[4], 417[2].
*Importation* (interdiction d'), 421.
*Instruction de service*, 284, 298, 407 sq., 421.
*Franconia* (Affaire du) (R. v. Keyn), 140, 148 sq., 390.
*Francs-tireurs*, 289, 395[1].
*Garantie* des emprunts, 213[2], 220, 263[2], 314[1], 386[4], 387[2], 413.
*Gesamtakt*, 50[2], 51[2], 58 sq.
*Grâce*, 311, 352, 367.
*Guerre*, influence sur les règles du droit interne, 390 sq., 395 ; — sur l'existence des traités internationaux, 430.
*Guerre* (droit de), 215[2], 440, 441 : — des Etats-membres de l'Etat fédéral, 201, 361, 364.
*Guerre* (usage de la), 226.
*Incorporation* (lois d'), 382.
*Indigénat* allemand, 200[1], 202, 202[1] ; — du droit international, 13[1].
*Individus* en droit international, 13[1], 20 sq., 116 sq., 252, 257, 261, 325 sq.
*Intervention* (droit d'), 267, 275[1].
*Landsturm*, 289.
*Landwehr*, 289.
*Légation* (droit de) des membres de l'Etat fédéral, 197, 198[1], 352[2], 364.
*Législation* liée, 266, 404 sq.
*Légitimation* du pouvoir étatique usurpé, 229[1].
*Limites* entre le droit interne et le droit international, 5, 25.
*Loi de garantie* italienne, 290[1].
*Lois*, ne sont pas une source du droit international, 32, 98, 124 ; — influence sur le développement du droit international, 215 sq.
*Lois douanières*, 277, 291[1], 307[1], 350[4], 359[2], 379, 411[2]. — V. Contrebande.
*Lois monétaires*, 100, 281, 295[1].
*Lois pénales*, domaine d'application, 273 ; — dans les traités internationaux, 401 sq.
*Lusace*, 247[1], 285[2].
*Médiatisés*, 260, 271[2], 274 sq., 284[2], 395[2], 428[2].
*Monarchie constitutionnelle*. — V. Constitution représentative.
*Municipal law*, 7[1].
*Nationalité*, 123[1], 218, 229 sq.
*Naturalisation*, 420.
*Neutralité*, 46[2], 301, 319, 328[2], 331, 335[2], 337, 358.

*Neutralité* (lois de), 215, 279[3], 295[1], 301, 327[2], 342.
*Norme*, ordonnée par le droit international, 342, 384, 409 ; — contenue dans des traités internationaux, 399.
*Option*, 219, 263[1].
*Ordre de succession au trône*, 229[1], 271, 282, 285, 292.
*Ordre militaire*, 259, 262.
*Organes de l'Etat*, situation dans l'Etat, 77 ; — situation en droit international, 119 sq., 151, 261 ; — légitimation, 218, 229, 233 sq., 255, 262, 292 ; — responsabilité de l'Etat à raison de leurs actes, 345 sq.
*Pape*, 336[1]. — V. aussi Loi de garantie, Concordat
*Pêche côtière*, 232, 379.
*Pêcheries* dans la mer du Nord, 314[2], 399[2], 401.
*Peine*, ordonnée par le droit international, 306, 311, 321, 324, 330, 332 sq., 342 sq., 351, 353[2],[3], 357, 366, 401, 402, 409 sq., 414 sq., 416[2], 421.
*Peine disciplinaire*, 351, 353[3], 356, 366.
*Piraterie*, 326[2],[3], 327[1], 332[3], 360, 391[1].
*Postliminium*, 281[1].
*Pratique internationale*, 96 sq.
*Presse*, 335[4], 342[4], 347.
*Prince*, allemand, exterritorialité dans les autres Etats allemands, 203[2] ; — interdiction d'accepter une couronne étrangère, 263[2]. — V. aussi Organe de l'Etat.
*Principe de légitimité*, 229[1].
*Prisonniers de guerre*, 225[2], 284, 294
*Protectorat*, 241, 364[2].
*Protectorat collectif*, 66, 67[3].
*Question préjudicielle* de droit international dans les procès, 434 sq.
*Réception*, 155 sq. ; — du droit international dans le droit interne, 110, 166 sq., 224 sq. ; — du droit international par l'Etat fédéral, 175 sq. ; — du droit interne dans le droit international, 209 sq. — V. aussi Blanc-seing (règles par).
*Réciprocité*, 277 sq., 349, 417, 417[2], 431.
*Reconnaissance*, source du droit international, 62[1], 78[1], 141 ; — des nouveaux Etats, 82[1], 101 sq., 290[1], 437 ; — des chefs d'Etats, 229[1], 437[1].
*Referendum*, 374.
*Représailles*, 88, 201, 214 sq., 267, 343, 361, 411[2], 417, 417[2].
*Reprise*, 281[1].
*Résistance* au pouvoir de l'Etat, 259 ; — au pouvoir de l'Etat étranger, 339, 394[1].
*Responsabilité de l'Etat*, 321 sq. : — pour les individus, 213[2], 218, 321 sq. ; — pour ses organes, 345 sq. ; — pour les corporations, notamment les communes, 352 sq., 372 ; — de l'Etat fédéral pour l'Etat-membre, 356 sq., 372.
*Rétorsion*, 88, 201, 267, 279[2], 283[1], 349, 361, 417, 417[2], 431, 437[2].
*Revision* pour violation des traités internationaux, 419[3] ; — peut-elle être basée sur la violation des normes du droit international ? 440 sq.
*Saint-Gothard* (chemin de fer du), 413[2], 421[1].
*Samoa* (acte de), 66, 66[6].
*Sauvages*, rapports internationaux, 16[2], 20.
*Schnæbelé* (affaire), 306, 308 sq., 349[4], 385.
*Sécession* (guerre de), 193[3], 301[4].
*Séparation des pouvoirs*, 435 sq.
*Servitudes internationales*, 197, 213[2], 218.
*Succession entre Etats*, 218, 441[3].
*Suisse* (traité), 120. — V. aussi Etat fédéral.
*Suzerain et Etat vassal*, 162 sq., 168, 241[2], 265, 364[2].
*Territoire de l'Etat*, acquisition et perte, 197, 213[3], 218, 263[2], 372[2], 377, 431[2], 441[3] ; — importance pour la responsabilité de l'Etat, 333 ; — violation, 322, 328[2], 341[1].
*Territorial Waters Jurisdiction Act*, 140[5], 149[1], 273[1], 350[1].
*Traités internationaux*, essence, 45 sq. ; — sortes, 45 sq., 62 sq. ; — secrets, 263[2], 298[3] ; — ayant un contenu « de droit privé », 46,

220, 220[5], 365[2] ; — conclusion, 21, 65[1], 116, 117[9], 120 sq., 123[1], 142 sq., 145 sq., 233 sq., 262 sq., 372, 375, 376[1] ; — le droit romain leur est-il applicable ? 213[2], 221 ; — Dénonciation, 429 ; — Retrait, 72, 87 sq., 201, 291, 429 ; — Source du droit international ? 32 sq., 45 sq., 97 sq. ; — entre Etat fédéral et Etat-membre, 185 sq., 195, 442[3] ; — des Etats-membres, 195 sq. ; — Entrée de l'Empire dans les traités des Etats membres, 244, 364[1] ; — ne sont pas source du droit interne, 114 sq, 188[1] ; — Transformation en droit interne, 118 sq. ; — provoquent la législation, 311 sq. ; — Publication, forme et effets, 21, 116 sq., 120, 142 sq., 274[3], 298[1], 383 sq., 391 sq., 395 sq., 418 sq, 431 ; — durée pendant laquelle est valable le droit interne ainsi créé, 423 sq.; — « Ordre d'exécution », 296, 299, 412, 415 ; — Application et interprétation, 348, 362, 434 sq. — V. aussi Etat fédéral, Guerre, Droit international.

*Tribunal*, situation vis-à-vis du droit international, 22, 148, 253, 395[3], 408 ; — application du droit international, 137, 141, 433 sq. ; — connaissance du droit international, 439 ; — compétence dans les affaires internationales, 346, 360 ; — responsabilité de l'Etat à raison de ses décisions, 346 sq. ; — ordres correspondants, 346, 416 sq., 419 sq.

*Tribunaux communs*, 196[2], 263[3].

*Tribunaux des prises*, 96, 288, 302[2], 434.

*Tribunaux pour la navigation sur le Rhin*, 245[2], 365[3].

*Union douanière*, 86, 226[10] ; — admission de ses institutions dans le droit de l'Empire, 193, 202, 206, 208.

*Union monétaire* latine, 100, 281.

*Unions administratives*, 67.

*Union réelle*, 100, 271, 282, 287[2].

*Validité* du droit interne conforme au droit international, dans le temps, 311, 423 sq. ; — au point de vue de son contenu, 431.

*Vereinbarung*, définition et essence, 49 sq. ; — en droit international, 65 sq. ; — moyen de formation du droit international, 62, 68 sq.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

